# LEY MODELO **OHADAC** DE **DERECHO** INTERNACIONAL **PRIVADO**

TEXTO ARTICULADO COMENTADO para

# PROMOVER un debate

Abril, 2014

# **SUMARIO**

PRESENTACIÓN DE LA LEY MODELO	
I. Integración económica y cooperación jurídica en el área OHADAC	
1. La unificación jurídica como instrumento de la integración económica	
A) Marco general	
B) Integración en América latina	
C) Especialidades de la integración caribeña	
D) Manifestaciones de la integración caribeña	
E) Contribución del Derecho internacional privado	
2. Incremento regional de las relaciones del tráfico privado externo	
A) Factores condicionantes	
B) Contribución del Derecho internacional privado	
II. Diversidad y heterogeneidad jurídica en la OHADAC	
Estados y territorios en presencia	
2. Panorama del Derecho internacional privado y su proyección en el área OHA	
A) Balance de la unificación e implementación de las soluciones nacio	
B) Modelos de codificación estatal de DIPr	
C) Proyectos gubernamentales y de carácter académico	
D) Participación limitada en la codificación internacional	
E) Repercusión de la obra de la Conferencia de La Haya de DIPr	
F) Repercusión de la obra de la CIDIP	
G) Inadecuación e insuficiencia del Código Bustamante	
III. Diseño de una Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado	
1. Cuestiones de técnica legislativa	
2. Metodología codificadora	
A) Problemas de la uniformidad y diversidad de técnicas normativas	
B) Inconvenientes de los tratados internacionales como método de unif	
C) Ventajas de las Leyes modelo	
3. Orientaciones de la Ley Modelo OHADAC	
A) Caracteres preferente civilista de la regulación	
B) Superación del modelo de norma de conflicto rígida y de resultado	-
sible	
C) Dejación de las construcciones basadas en la ley de la nacionalidad	
D) Modernización del sistema	
4. Opciones en orden a su aceptación	
5. Estructura del texto propuesto	
6. Metodología de trabajo y participantes	
7. Difusión pública y debate	

COMENTARIOS AL TEXTO ARTICULADO	111
TÍTULO I DISPOSICIONES COMUNES	
Art. 1. Objeto de la Ley	111 114 116 117 118
TÍTULO II EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CARIBEÑA EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL	
Capítulo I Ámbito de la jurisdicción caribeña	
Art. 6. Alcance general de la jurisdicción Art. 7. Inmunidad de jurisdicción y de ejecución Art. 8. Excepción de arbitraje	123 126 130
Capítulo II Foros de competencia	
Art. 9. Competencias exclusivas  Art. 10. Prórroga de competencia a la jurisdicción caribeña	133 140 147 150 152 159 164 167 168 170 172 175 177
TÍTULO III DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE	
Capítulo Primero Normas reguladoras	
Sección Primera Persona	
Art. 22. Goce y ejercicio de derechos	178 181 184 186 190

SUMARIO 5

Art. 28. Traslado de la sede social	•••••
Sección Segunda	
Relaciones de familia	
Art. 29. Celebración del matrimonio	
Art. 30. Relaciones personales entre los cónyuges	
Art. 31. Relaciones patrimoniales en el matrimonio	
Art. 32. Nulidad del matrimonio	
Art. 33. Divorcio y separación judicial	
Art. 34. Uniones no matrimoniales	
Art. 35. Determinación de la filiación	
Art. 36. Adopción de menores	
Art. 37. Adopción de mayores	•••••
Sección tercera	
Protección de incapaces y obligaciones alimentarias	
Art. 38. Responsabilidad parental y protección de menores	
Art. 39. Protección de incapaces mayores	
Art. 40. Obligaciones alimenticias	
·	
Sección cuarta	
Sucesiones y donaciones	
Art. 41. Sucesión por causa de muerte	
Art. 42. Forma de las disposiciones testamentarias	
Art. 43. Sucesión del Estado	
Art. 44. Donaciones	
Sanaida Oninta	
Sección Quinta Obligaciones contractuales	
Obligaciones contractuales	
Art. 45. Autonomía de la voluntad	
Art. 46. Determinación de la ley aplicable a falta de elección	
Art. 47. Contratos de trabajo	
Art. 48. Contratos celebrados por consumidores	
Art. 49. Ámbito de la ley aplicable	
Art. 50. Incapacidad	
Art. 51. Forma	
Sección Sexta	
Obligaciones extracontractuales	
Art. 52. Norma general	
Art. 53. Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos	
Art. 54.Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia	
Art. 55. Daño medioambiental	
Art. 56. Infracción de los derechos de propiedad intelectual	
Art. 57. Ámbito de la ley aplicable	
Sección Séptima	
Bienes	
Ant 50 Descritor describer	
Art. 58. Posesión y derechos reales	
Art. 59. Derechos reales sobre los bienes en tránsito	
Art. 60. Derechos reales sobre medios de transporte	

0 4 1 77
Capítulo II
Normas de aplicación
rt. 63. Determinación de la ley extranjera
xt. 64. Interpretación
xt. 65. Derecho público extranjero
art. 66. Adaptación
art. 67. Exclusión del reenvío
art. 68.Orden público
Art. 69. Disposiciones imperativas
Art. 70. Ordenamientos jurídicos plurilegislativos
Art. 71. Derechos adquiridos
TÍTULO IV
THOLOTY
EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y DOCUMENTOS
PÚBLICOS EXTRANJEROS
Capítulo I
Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras
Art. 72. Concepto de resolución
Art. 73. Reconocimiento y ejecución en general
art. 74. Causas de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones
rt. 75. Procedimiento
Art. 76. Adopciones pronunciadas en el extranjero
art. 77. Inmunidad de ejecución
Capítulo II
Eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros
Art. 78. Documentos públicos extranjeros
at. 79. Traducción
11. 77. 17uuuccion
TÍTULO V
TÍTULO V

### **ABREVIATURAS**

ADC Anuario de Derecho Civil

AEC Asociación de Estados del Caribe

AEDIPr Anuario Español de Derecho internacional privado
ALADI Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC Asociación Latinoamericana de Libre Comercio

ALBA Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América

Am. J. Comp. L. American Journal of Comparative Law
Am. J. Int'l L. American Journal of International Law
Ann. fr. dr int. Annuaire français de droit international
Ann. suisse dr. int. Annuaire suisse de droit international

Anuario IHLADI Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Inter-

nacional

APPRIs. Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

Ariz. J. Int 'l & Comp. L. Arizona Journal of International & Comparative Law

BID Banco Interamericano de Desarrollo British. Yearb. Int'l L. British Yearbook of International Law

CALC Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños

CARICOM Comunidad del Caribe
CARIFORUM Foro del Caribe
Cass. Cour de cassation
Cc Código civil

CCI / ICC Cámara de Comercio Internacional (París)

CCIM Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de com-

praventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de

abril de 1980

Ccom Código de comercio

CEPAL. Comisión Económica de las Naciones Unidas para América latina y

el Caribe

CG Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en

Ginebra el 21 de abril de 1961

Chi. J. Int 'l L.. Chicago Journal of International Law

CIAC Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

CIADI/ICSID Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inver-

siones

CIDIP Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho interna-

cional privado

CJI Comité Jurídico Interamericano

CNY Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias

arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de

1958

Columbia J. Transn 'l L. Columbia Journal of Transnational Law

CONC. Concordancias

DIPr Derecho internacional privado
Dir. comm. int. Diritto del commercio internacionale

Dir. int. Diritto internazionale
Disp. Res. J. Dispute Resolution Journal.

DO Diario Oficial

DPCI Droit et pratique du commerce international

DRB Dispute Review Board

Fla. J. Int 'l L. Florida Journal of International Law

FMI Fondo Monetario Internacional

German Yearb. Int'l. L. German Yearbook of International Law

Harv. Int 'l L.J. Harvard International Law Journal

Harv. L. Rev. Harvard Law Review

Hous. J. Int 'l L. Houston Journal of International Law

IBA International Bar Association ICC Iniciativa de la Cuenca del Caribe

ICSID Review—Foreign Investment Law Journal

ILM International Legal Materials

Int 'l Arb. L. Rev. International Arbitration Law Review
Int 'l Bus. Law. International Business Lawyer

Int'l Comp. L.Q. International & Comparative Law Quarterly

Int 'l. Law. The International Lawyer

J. Int 'l Arb. Journal of International Arbitration

Journ. dr. int. Journal du droit international

La Ley Revista Jurídica Española, La Ley

MASC Métodos alternativos de solución de conflictos

Mercado Común del Sur

Mich. J. Int 'l L. Michigan Journal of International Law

Minn. L. Rev. Minnesota Law Review

NCPC Nouveau Code de Procédure Civile

NU Naciones Unidas

OEA Organización de Estados Americanos OECO/OECS Organización de Estados del Caribe Oriental

OHADAC Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires dans la

Caraïbe

OMC Organización Mundial del Comercio

Rabels Z Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

RDEA Revista de Derecho Español y Americano

RDM Revista de Derecho Mercantil

Recueil des Cours Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye

REDI Revista Española de Derecho Internacional

Rev. arb. Revue de l'arbitrage

Rev. belge dr. int. Revue belge de droit international

Rev. crit. dr. int. pr.
Revue critique de droit international privé
Rev. dr. aff. int.
Revue de droit des affaires internationales
Rev. dr. int. dr. comp.
Revue de droit international et de droit comparé
Rev. dr. unif./Unif. L. Rev.
Rev. int. dr. comp.
Revue de droit uniforme/Uniform Law Review
Rev. int. dr. comp.
Revue internationale de droit comparé

Rev. urug. DIPr
Revista uruguaya de Derecho internacional privado
Revista mex. DIPr
Revista mexicana de Derecho internacional privado

RIE Revista de Instituciones Europeas

Riv. dir. civ. Rivista di diritto civile

Riv. dir. int. pr. proc. Rivista di diritto internazionale privato e processuale

Riv. dir. proc. Rivista di diritto processuale

Riv. trim. dr. proc. civ. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

S Sentencia

St. Mary L.J. Saint Mary's Law Journal Stan. L. Rev. Stanford Law Review

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tex.Int 'l.L.J. Texas International Law Journal

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TLCAN / NAFTA Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Travaux Com. fr. dr. int. pr.

Tulane Journal of International and Comparative Law

Tul. L. Rev.Tulane Law ReviewUEUnión Europea

ABREVIATURAS 9

UIBA Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados Uncitral/Cnudmi Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Inter-

nacional

Unidroit Instituto para la Unificación del Derecho Privado

Va. J. Int 'l L.Virginia Journal of International LawVand. J. Transnat'l L.Vanderbilt Journal of Transnational LawYearbook Comm. Arb'nYearbook of Commercial Arbitration

## PRESENTACIÓN DE LA LEY MODELO

### I. Integración económica y cooperación jurídica en el área OHADAC

- 1. La unificación jurídica como instrumento de la integración económica
  - A) Marco general

1. La eliminación de las fronteras económicas entre dos o más economías es un fenómeno de nuestro tiempo que conduce a distintas modalidades de integración, entendida ésta como un proceso económico y social destinado a facilitar las relaciones empresariales, institucionales y estatales entre uno o más países. La decisión de formar parte de un bloque económico regional es, sin duda, un factor que puede determinar el grado de competitividad de una nación o de un territorio con un cierto nivel de autonomía y, por lo tanto, de su capacidad de converger, en términos de conocimiento, con países de mayor desarrollo relativo. La finalidad principal de todo proceso de integración económica estriba en el desarrollo de los intercambios comerciales a escala internacional para obtener una serie de ventajas. Se persigue con ello, cualquiera que sea la etapa en que se encuentre, en proveer en los entes que lo integran beneficios mutuos y mayores ventajas frente a terceros países o grupos de países que las que podrían obtenerse si continuaran actuando solos, como países independientes y aislados. Dichos beneficios y ventajas son predicables no solo de los procesos de integración económica, sino también a los procesos de integración política, social o jurídica o de aquellas iniciativas que persigan un mayor nivel de cohesión.

La interdependencia económica y la globalización de la economía han llevado a la mayoría de los gobiernos a implementar programas de creciente liberalización de la economía y a una aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno es paralelo a un paulatino abandono de la postura tradicionalmente reticente y desconfiada hacia el comercio internacional, protagonizada por las grandes multinacionales. Y ello al margen de los debates abiertos en los últimos tiempos respecto al establecimiento de un mapa definitivo de los procesos de integración regional, y en torno a la superación de las reticencias surgidas por una incomprendida noción de soberanía, que se están desarrollando, no sin dificultades, en favor de una aproximación más pragmática al cometido que juegan los países en el comercio internacional. Para que los acuerdos regionales puedan ser eficaces, no solo es necesario caminar hacia políticas macroeconómicas comunes, sino que también es indispensable un sustancial proceso de armonización jurídica.

- **2.** La implantación de la liberalización apuntada obliga a distinguir entre dos situaciones que no son necesariamente complementarias: integración económica e integración comercial.
- i) La *integración económica*, en términos generales, se concibe como un proceso de liberación arancelario entre los países que componen una región o subregión, favoreciendo, de esta suerte, el intercambio de bienes y, en el mejor de los casos, con el agregado de un arancel aduanero que, sin caer en el proteccionismo subregional ("regionalismo abierto"¹), conduce a que el grupo de países opere como un bloque comercial diferenciado, con independencia de la existencia de un nuevo ente con personalidad jurídica propia y reconocido internacionalmente. Semejante integración, en tanto que proceso mediante el cual un grupo de países eliminan determinadas barreras económicas recíprocamente, no es un fenómeno unitario pues detrás de la decisión de un país de incorporarse a un proceso de este tipo existen diversas motivaciones no solo económicas, sino también sociales, políticas o estratégicas. En este contexto, los acuerdos preferenciales de alcance regional o hemisférico adquieren cada vez más sentido ante el avance de proyectos de libre comercio a gran escala dirigidos a estimular las exportaciones y atraer inversiones y tecnologías².
- ii) La *integración* comercial<sup>3</sup> es un de desarrollo basado en la potenciación del comercio entre los países integrados, a través del aumento del tamaño del mercado. Como parte de una interpenetración económica, es el fruto de una negociación o acuerdos entre empresas o Estados—nación, con ciertas modificaciones estructurales que, con independencia de que puedan tener relevancia en ciertos sectores sensibles (automotriz, maquinaria, petroquímica, papel, siderúrgica y textil) tendentes a otorgarles un tratamiento especial en cuanto al régimen de comercio, carecen de incidencia global, dado que la preocupación fundamental de los Estados que la practi-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La compatibilidad entre la integración regional y la liberalización creciente de la economía mundial ha sido recogida en la formulación del concepto de regionalismo abierto. Esta formulación, originada en el APEC, ha sido adoptada y difundida en América latina por la CEPAL. Según esta Comisión, el regionalismo abierto consiste en "una interdependencia impulsada básicamente por las señales del mercado resultantes de la liberalización comercial general, acompañada de acuerdos de carácter preferencial"; se supone que las actuales tendencias a la globalización de la competencia y la internacionalización de la producción imponen a los países la apertura de la economía al comercio y la inversión internacionales. Esto, sin embargo, no excluye una apertura preferencial, y por ende más profunda, con respecto a otros países de la misma región; antes al contrario, la liberalización general y la apertura preferencial pueden complementarse mutuamente, con el objeto de elevar la competitividad y dar dinamismo a la economía. Vid. M.R. Agosin, "Las experiencias de liberalización comercial en América Latina: lecciones y perspectivas", Pensamiento Iberoamericano, nº 21, 1992, pp. 13-29, esp. p. 15.M. Kuwayama, Open Regionalism in Asia Pacific and Latin America: A Survey of the Literature, Santiago de Chile, Cepal, 1999, y la obra compilada por el mismo autor, Nuevas políticas comerciales en América latina y Asia. Algunos casos nacionales, Santiago de Chile, Cepal, 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> J.C. Fernández Rozas, Sistema del comercio internacional, Madrid, Civitas, 2001, nos 98 et seq.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Que no coincide con la noción de "integración económica". En América latina la CEPAL ha abogado desde su creación por una integración comercial en la región, que se procuró de alguna forma materializar a través del proceso de integración en el marco de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y, posteriormente de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

can mantiene un alto grado de protección de la soberanía nacional. Sus efectos positivos, el incremento en la competencia y el estímulo a la inversión y al progreso técnico, se relacionan con la posibilidad de una mayor especialización productiva y el acrecentamiento en la competencia. Esto tiene ventajas por el lado de la producción y por el lado del consumo y, de esta suerte, desde el punto de vista del consumidor, la liberalización pondrá a su alcance una mayor cantidad y diversidad de bienes a precios más competitivos<sup>4</sup>.

**3.** Mas la integración no es un fenómeno exclusivamente económico, comercial o social, pues comprende otras facetas del devenir de los entes implicados. Involucra, en primer término, una voluntad de preservar la paz mediante la cooperación y la seguridad colectiva por encima de las fronteras nacionales, la instauración del Estado de Derecho y la apertura de desarrollo hacia el exterior; y en, segundo término, ciertas iniciativas en la aproximación de las instituciones de Derecho privado involucradas.

Tradicionalmente el desarrollo de políticas de cooperación de los Estados en materia civil y mercantil ha respondido a unos parámetros ciertamente endebles basados en el buen entendimiento, en buena voluntad de los Estados y siempre con el principio de reciprocidad como referente. No obstante, como consecuencia lógica de los procesos de integración, dicha cooperación ha pasado de constituir un fin en sí misma, para convertirse en muchos casos en un presupuesto indispensable, pues en la actualidad son cada vez más habituales y numerosos los litigios transfronterizos o con elemento extranjero. El proceso, que trae consigo entre otras cosas la armonización de normas y legislaciones, no implica prima facie la generación de normas comunes para el bloque regional, susceptible de enfrentamientos normativos innecesarios y de fomentar la rivalidad con las normas nacionales en vigor en otros contextos. Por el contrario, la armonización de los marcos regulatorios que afectan los negocios y el intercambio de bienes y servicios (v.gr., normas de defensa de la competencia<sup>5</sup> y represoras de la competencia desleal, de defensa del consumidor o de propiedad intelectual) tienen o deben tener como propósito primordial la supresión de las distorsiones inducidas por las diferencias de dichos marcos en los respectivos ámbitos nacionales, particularmente cuando tales diferencias beneficien asimétricamente a los operadores de uno de los países miembros en quebranto del resto<sup>6</sup>.

Pese a que su posición ha sido considerada secundaria<sup>7</sup>, en este contexto el DIPr juega un papel relevante como ordenamiento regulador esencial para la consecu-

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> P. McClauren, "The Status of Consumer Protection Policy in the Caricom Region", L'intégration économique régionale et la protection du consommateur. Regional economic integration and consumer protection. La integración económica regional y la protección del consumidor, Cowansville, Québec, Blais, 2009, pp. 277-294.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> G. Ibarra Pardo, "Políticas de competencia en la integración en América latina", *Integración Latinoamericana*, septiembre de 1993, pp. 45.51.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup>J.C. Fernández Rozas, "Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina", *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 61-127.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup>M.M. Fogt, "Private International Law in the Process of Harmonization of International Commercial Law": the 'Ugly Duckling'?", *Unification and Harmonization of International Commercial* 

ción de la armonización de las legislaciones de los países que conforman un concreto esquema de integración. Para el buen funcionamiento de todo mercado integrado, cuyo punto de partida es la diversidad material, es menester contar con un DIPr uniforme que aporte un determinado contenido. Uniforme, porque las reglas de juego han de ser comunes para todos los participantes, y con un determinado contenido, para asegurar el buen funcionamiento de ese "mercado de productos normativos".

Por eso es válido afirmar que el desarrollo de estas políticas se ha transformado en un medio para alcanzar el derecho a la Justicia de los ciudadanos componentes de un espacio supranacional integrado<sup>9</sup>. Puede adelantarse la idea de que en la esfera regional se facilita mejor la integración sobre la base de una democratización económica general: compatibilidad de divisas, libre comercio, normas compartidas y, más que nada, la voluntad común para fijar las reglas del juego de acuerdo con los intereses de la región entera. Propicia, asimismo, la coincidencia de intereses y, a menudo, de unos valores más comunes en otras esferas, tales como la inversión, la competencia, las normas laborales o las disposiciones sobre el medio ambiente.

**4.** En América Latina los conceptos de "integración", "cooperación" y "concertación" suelen emplearse de manera intercambiable, a pesar de que no significan lo mismo. La integración, a la que se acaba de aludir, es un proceso intenso y profundo que nace y se consolida en su dimensión económica, pero se expande mediante una vinculación amplia en diversos ámbitos de las relaciones entre naciones (*v.gr.*, MERCOSUR); la cooperación supone que las partes adaptan sus comportamientos a las preferencias de otros, en el marco de una interacción con principios que la sustentan y metas que la impulsan; por último, la concertación es un mecanismo a través del cual los Gobiernos actúan conjuntamente en el terreno estatal, por lo general en el nivel diplomático y con fines preferentemente políticos, frente a otros actores individuales o colectivos (*v.gr.*, UNASUR).

Las relaciones comerciales de la región del Caribe están muy vinculadas a las posibilidades que ofrecen los procesos de descritos, sobre todo del primero; baste atender a los resultados que se han alcanzado hasta la fecha por los principales procesos integracionistas de la región o aquéllos en los que están implicados Estados del área, como el Mercado Común Centroamericano (MCCA), la Asociación de Estados del Caribe (AEC), la Comunidad del Caribe (CARICOM) y la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), que han mostrado un importante incremento para las relaciones comerciales en la zona fortaleciendo importantes sectores económicos. Como denominador común estas experiencias pretenden, en esencia, liberalizar el comercio de bienes y servicios, confiriendo una protección mayor a los flujos de la inversión extranjera y exigiendo un aumento de

Law: Interaction or Deharmonization?, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, pp. 57-103.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup>Cf. M. Virgós y F.J.Garcimartín Alférez, "Estado de origen vs. Estado de destino", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2004, p. 6.http://www.indret.com/pdf/251\_es.pdf.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup>G.A.L. Droz, "L'harmonisation des règles de conflits de lois et de juridictions dans les groupes régionaux d'Etats", *Etudes de droit contemporain* (VIème Congrès international de droit comparé, Hambourg, 1962), Paris, Cujas, 1962, pp. 275-292.

la transparencia de las regulaciones nacionales, por ejemplo, en torno a las compras del gobierno. Quedan fuera, sin embargo, ciertos aspectos inherentes a la integración pero esenciales en proceso de integración evolucionados, como la libertad de circulación y de movimiento de las personas.

5. Aunque el término "integración" que se está utilizando entraña un contenido esencial o predominantemente económico, cualquier movimiento unitario entre varios países constituye un proceso que conlleva no solo implicaciones económicas y comerciales, sino políticas 10, jurídicas y sociales de considerable alcance 11. Dicho de otro modo, en cualquier movimiento de integración o, si se quiere, en la constitución de un mercado común más o menos completo, acostumbran a concurrir multitud de consideraciones extraeconómicas. Una de ellas, exige que los países participantes y sus gobernantes estén comprometidos con un régimen de libertades: políticas, económicas y sociales, que permitan el desarrollo de instituciones estatales sólidas e independientes de vital importancia. Otra, comporta la unificación o, al menos, de la armonización del Derecho privado o, como ha ocurrido en la Unión Europea, del DIPr<sup>12</sup>. Las dificultades de fijar con precisión jurídica los procesos de integración regional evidencian que de ordinario nos hallamos ante una realidad compleja que exige un estudio individualizado, caso por caso, desde una perspectiva multidisciplinar<sup>13</sup>. Baste atender a que dichos procesos no se producen siempre, sobre todo en el territorio OHADAC, con respaldo en un esquema integracionista de carácter comunitario, sino que asumen más bien una fórmula de cooperación de carácter intergubernamental. La teoría general de las Organizaciones internacionales nos anuncia que estamos en la mayor parte de los casos ante instituciones de simple cooperación y no de integración.

Por descontado, cada momento, cada etapa de la integración, reclama procesos de transferencia de competencias muy diversos por parte de los Estados a la Organización. Mientras que en las *zonas de libre comercio* la liberalización de los intercambios comerciales puede realizarse sin necesidad de una auténtica transferencia a órganos comunes de competencias estatales soberanas, en las *uniones aduaneras* se

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> En el plano político, además de las instituciones propias de cada subregión, tiene cierta incidencia en el ámbito caribeño el llamado Grupo de Río, compuesto por diez países suramericanos, Panamá y México, un representante de Centroamérica y uno del Caribe. En la actualidad el Grupo de Río está constituido por: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Es un mecanismo de consulta y cooperación que vela por el mantenimiento de la democracia y coordina posiciones sobre relaciones externas de América latina a través de Jefes de Estado y de Gobierno de la región. Concebido como un Mecanismo Permanente de Consulta y de Concertación Política (MPCCP), el Grupo de Río es, en la actualidad, el foro de diálogo político más importante de América latina y el Caribe.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> L. Limpens, "Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel", *Rev. int. dr. comp.*, 1964, pp. 13-31.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> J.C. Fernández Rozas, "Los modelos de integración en América latina y el Caribe y el Derecho internacional privado", *Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2000, pp. 151-192.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> E. Pérez Vera, "Reflexiones sobre los procesos de integración regional", *RIE*, 1977, pp. 669-700, esp. p. 699.

registra una manifiesta cesión de competencias de los Estados miembros a favor del nuevo ente; en este caso surge una estrategia unitaria respecto de terceros y una determinada estructura institucional. La referida cesión de competencias, junto con la estructura institucional, aumenta sustancialmente cuando el modelo adopta la forma de *mercado común* y este se completa con el establecimiento de políticas comerciales comunes.

Desde una perspectiva jurídica, la integración pone en marcha una serie de mecanismos de Derecho público (acuerdos, tratados, códigos y reglamentos...) cuya finalidad es facilitar el buen funcionamiento de las instituciones encargadas de velar por el proceso. Mas a partir de estos mecanismos básicos va apareciendo un cuerpo normativo directamente dirigido a los Estados implicados y a sus operadores económicos, primero, y sociales conforme la integración avanza, dado que en última instancia todo proceso integrativo tiene como último destinatario a las personas, físicas y jurídicas, que ven afectada no solo su esfera económica o patrimonial sino también su ámbito personal y familiar. Integración significa intercomunicación, miscelánea y complejidad positiva; expresa la necesidad de cambio del marco normativo nacional y la toma de conciencia de que la disparidad entre las leyes nacionales que siguen cumpliendo un papel necesario en el ámbito doméstico e, incluso, en el identitario, pueden ser deficitarias en el manejo de los cada vez más numerosos supuestos internacionales que toda integración lleva consigo.

**6.** Esta perspectiva suele comprenderse dentro de la rúbrica conocida como "Derecho de la integración" y requiere la puesta en marcha de un complejo tramado institucional, que es muy variado en función de los objetivos previstos y el estadio de consecución de los mismos y que da lugar a nociones tales como "supranacionalidad", "acervo normativo comunitario", "institucionalidad regional", de inevitable manejo en cualquier aproximación que se realice en esta materia.

Pero no siempre es necesario acudir a semejante tramado jurídico para profundizar en ciertas fórmulas integrativas de carácter muy primario. La armonización y unificación legislativa puede cumplir en este sentido un papel importante por constituir la garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales, dotándolas de mayor seguridad jurídica y facilitando al operador jurídico la previsibilidad del Derecho. El propósito de la uniformidad en las relaciones de Derecho privado de carácter transfronterizo consiste en ofrecer una mayor certeza jurídica a las partes en la contratación para lo cual las normas aplicables deberán haber sido elaboradas a partir de criterios de objetividad y de equidad. La unificación y la creación del Derecho en el plano transnacional no es otra cosa que expresión de la realidad en la actual etapa de las transacciones internacionales de carácter privado<sup>14</sup>.

En efecto, la apertura e integración de los mercados mundiales y/o regionales se configuran como obvias respuestas actuales de la economía, como mecanismos o instrumentos estructural o coyunturalmente idóneos para ampliar la demanda y adaptarla a la oferta creciente y diversificada de bienes y servicios; la demanda, a

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup>Cf. K.P. Berger, *The Creeping Codification of the* Lex Mercatoria, La Haya, Kluwer, 1999, p. 230.

la vez que la oferta, en una economía abierta a las leyes y reglas de un mercado caracterizado por la libre competencia entre productos y servicios, sean nacionales o extranjeros, se adapta y moviliza en el mercado ampliado, procurando mejores condiciones de competitividad productiva, industrial, comercial, de servicios. Tal apertura supone, por su parte, eliminar o abatir en mayor o menor grado las trabas a la libre circulación de bienes y servicios en el mercado ampliado, sean arancelarias o no arancelarias. Pero también la apertura a la libre circulación de personas y de capitales en el mismo espacio geopolítico y económico-social. La libertad de circulación, de alta variabilidad según la amplitud y profundidad de la apertura e integración, vincula sujetos, personas físicas o jurídicas, oferentes (empresarios) y demandantes (consumidores) de esos bienes y servicios, potencialmente radicados en países diferentes. Es una libertad que lleva aparejada múltiples ventajas, sin la que la integración no es concebible, pero también genera potenciales conflictos. Los mismos que generan la actividad ordinaria de las personas dentro de un ámbito estrictamente nacional, pero con la complejidad añadida de la dimensión internacional en la que surgen: el contrato se celebra entre partes domiciliadas en Estados diversos; una sociedad constituida en un Estado pretende trasladar su sede a otro; un trabajador ve mayores oportunidades fuera de su Estado nacional y quiere migrar con toda su familia hacia el Estado extranjero donde se asentará, etc. Todas estas situaciones llevan aparejados potenciales problemas jurídicos cuya resolución llama a las puertas de una normativa de DIPr que habrá de dar respuestas a cuestiones como la jurisdicción competente, o la selección de la ley aplicable o bajo qué circunstancias una sentencia dictada en un Estado va a desplegar sus efectos en otro. Estas respuestas todavía hoy son patrimonio de cada ordenamiento jurídico y, consiguientemente, siguen presididas por la nota de particularismo y diferenciación, lo que supone una traba añadida a la integración. En la actualidad más que buscar el respeto de la ley extranjera en los tribunales nacionales, el DIPr busca unificar criterios jurídicos y normas legales en ciertas regiones del mundo como en la zona del Caribe. Durante las últimas décadas, ante la ausencia de un sistema que pueda reclamar reconocimiento universal, ha existido un movimiento importante que busca la armonización de las normas de del DIPr entre diferentes Estados. El objetivo detrás de esta unificación es facilitar la realización de transacciones internacionales, asegurar el respeto a los derechos adquiridos de las personas y eliminar la práctica del forum shopping.

7. El intercambio empresarial entre Estados dotados de semejantes sistemas políticos, que reconocen, a su vez, similares sistemas de organización económica, requiere la existencia de regulaciones homogéneas en un buen número de instituciones. Las relaciones jurídicas emergentes de dicho intercambio reclaman una ordenación jurídica que supere el marco estatal: a unas peculiares relaciones jurídicas constituías en un entorno anacional, con unos intereses y exigencias diferenciadas, corresponde un conjunto normativo compatible con tales intereses y exigencias y, a ser posible, que sea lo más homogéneo en todos los Estados implicados en la integración. Es cierto que un proceso de unificación sustantiva o material podría depurar estos problemas, mas la historia demuestra que, por un lado, los temas en los que tal unificación es posible son contados (el ejemplo de la compraventa internacional de mercaderías es singular), por lo que grandes áreas jurídicas quedarían al

margen de esa unificación. Y, por otro lado, la unificación sustantiva a través de convenios internacionales *ad hoc* suma a su parcialidad sectorial el hecho de que no todos los Estados acogen tales resultados de la codificación internacional, ni los acogen en el mismo momento, ni terminan aplicándolos de la misma manera.

Aunque sea en el marco de una integración económica muy primaria, un sistema jurídico, y mucho menos un sistema sensible a la reglamentación de las transacciones privadas internacionales, no puede mantenerse constreñido por reglamentaciones normativas producto exclusivo del legislador interno, desfasadas e inadecuadas a las nuevas realidades jurídicas. Precisa, por el contrario, una acomodación a las realizaciones concretas que se producen tanto en la comunidad internacional pues para asegurar los intercambios internacionales no es suficiente con eliminar las barreras jurídico-públicas. Si el legislador quiere garantizar unos intercambios internacionales fluidos debe eliminar tanto las barreras jurídico-públicas como las jurídico-privadas, esto es las derivadas del fraccionamiento jurídico de las legislaciones estatales<sup>15</sup>.

Dicho en otros términos, el desarrollo normativo nacional, la codificación interna, ha de desarrollarse de manera paralela y coordinada con la codificación internacional. Y en sentido similar, la codificación internacional no puede perder de vista que tampoco puede evolucionar al margen de unificación jurídica. Y ello, no cabe duda ofrece una nota de rigidez de la que está exenta la codificación interna<sup>16</sup>. Precisamente para evitar dicha rigidez se ha confeccionado la presente Ley Modelo OHADAC de DIPr tomando muy en cuenta las especiales características de la integración económica caribeña.

**8.** Tamaña iniciativa de unificación del DIPr está en consonancia directa con una integración regional del área implicada en el sentido de que puede ser un instrumento útil para ayudar a remediar los inconvenientes que dimanan del hecho de que un régimen legal interno inadecuado puede obstaculizar las transacciones del tráfico externo. Pero también es concorde con aquellas posiciones que rechazan la idea de la codificación impuesta "desde arriba", pues ella conduce muchas veces a la pérdida de la identidad cultural de los pueblos, a la eliminación de la competencia entre los ordenamientos jurídicos y, por añadidura, a unos costos muy elevados en relación con sus posibles beneficios<sup>17</sup>. La aceptación de la Ley Modelo no es algo que los Estados deban realizar en bloque, sino que sus precisiones pueden irse adoptando de forma parcial o paulatina para evitar cualquier cambio traumático. Una empresa de semejante envergadura sería irreflexiva en la hora presente. Por eso, con más realismo y prudencia, la Ley Modelo no excluye que, por cierto tiem-

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> J.J. Garcimartín Alférez, "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2001*, Servicio Publicaciones Univeridad del País Vasco, 2002, pp. 87-154, esp. pp. 100-101.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> F. Rigaux, "Codification of Private International Law: Pros and Cons", *Lousiana L. Rev.*, vol. 60, nº 4, 2000, pp. 1321-1330.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Como ejemplo cabe referirse al proceso de unificación que en el plano del "conflicto de leyes" se realizó en su día en el seno del Benelux. *Vid.* L.I. de Winter, "La nouvelle version du Projet Benelux de loi uniforme de droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, pp. 577-606; K.H. Nadelmann, "The Benelux Uniform Law on Private International Law", *Am. J.Comp. L.*, vol. 18, 1970, pp. 406-419.

po, se mantenga una cierta diversidad normativa lo que incluye el mantenimiento de los órdenes jurídicos estatales implicados, que podrán seguir conservando una identidad mientras sea necesario.

Además, en tanto que "Ley Modelo", la presente iniciativa no constituye más que una "oferta" legislativa que podrá una vez que sea recibida por un Estado concreto ser fragmentada y repartida, si se considera menester, entre diversos instrumentos jurídicos en vigor en ese Estado. Ahora bien, sin descartar esta opción, semejante fragmentación no es recomendable porque se corre el riesgo de colocar las normas de DIPr bajo el marco del Derecho interno (Derecho privado material) y dar lugar con ello a interpretaciones divergentes que socavarían la coherencia misma del conjunto normativo considerado<sup>18</sup>. La técnica de soft law también podría derivar hacia una recepción parcial del modelo, mas ello no haría sino quedarse a medias en un paso tan necesario como decisivo. Es pretensión de la presente iniciativa unificadora ofrecer un sistema integral de normas de DIPr que se adapten de forma específica a las necesidades de la práctica generada por las transacciones privadas internacionales y es aspiración que tal sistema sea asumido de forma integral por los Estados de la OHADAC. En sí misma considerada, esta Ley Modelo puede servir de referencia a los jueces y árbitros, interpretar o completar otros instrumentos reguladores del tráfico privado externo o, su objetivo principal, ser modelo para los legisladores nacionales.

### B) Integración en América latina

**9.** La integración de las economías de América latina y el Caribe ha sido una aspiración que comenzó a manifestarse en la década de los cincuenta y a ponerse en práctica en la de los sesenta del pasado siglo, a partir de un postulado de base: que la integración es una vía de solución para los problemas económicos por todo lo que contribuye a reforzar un poder único de negociación frente a los países más desarrollados en el marco del comercio internacional<sup>19</sup>. Sin embargo, los mecanismos de integración creados entonces (el Sistema Económico para América Latina, la primitiva Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, el Mercado Común Centroamericano, el Grupo Andino y el Mercado Común del Caribe...) no rindieron en la práctica avances y realizaciones significativas en el sector considerado. Dentro de las razones que explican esta situación destaca que, desde sus inicios, la integración nunca se concibió como un proyecto político y, por lo tanto, como una realidad integrada plenamente en las políticas nacionales de desarrollo de cada país.

El proceso de integración en el sur del hemisferio americano ha ofrecido al regionalismo tres notas distintivas. En primer lugar, la diversidad de formas de institucionalización con estructuras orgánicas distintas; en segundo término, la colaboración de los países en experiencias de carácter bilateral o parcialmente multilate-

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup>Vid. infra comentario a los arts. 1 y 3.2° de la presente Ley.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> En 1950 la CEPAL prescribió recomendaciones a los países latinoamericanos para que, al formular programas y medidas de fomento económico tuviesen en cuenta las posibilidades de expansión de la demanda mediante el intercambio recíproco, a fin de lograr una mejor integración de sus economías.

ral, lo que se manifiesta en un ingente número de tratados multilaterales y bilaterales sobre libre comercio; por último, la compatibilidad de las experiencias adoptadas con el multilateralismo, a través de las fórmulas de "regionalismo abierto"<sup>20</sup>.
Esta descripción real contrasta con un dato igualmente innegable: en América latina siguen siendo frecuentes las confusiones y ambigüedades frente al tema de la
integración regional y al comercio transfronterizo. Existe aún una gran distancia
entre lo que se dice y lo que realmente se hace. Diferentes gobiernos proclaman su
firme interés en estrechar las relaciones entre países, pero sus prácticas comerciales
operan en sentido contrario<sup>21</sup>.

Hasta mediados de la década de los ochenta del pasado siglo existía una clara diferenciación entre el espacio económico conformado por los países de América latina y el Caribe, por una parte, y los países desarrollados del continente (EE UU y Canadá), por la otra. Se partía del supuesto de que la integración era un proceso destinado a la complementación de las economías en desarrollo de la región con el objeto de fortalecer su avance y su presencia en los mercados internacionales. De esta suerte, los países desarrollados de esta zona actuarían en tales mercados a través de los mecanismos multilaterales y no por medio de acuerdos preferenciales. La creación del TLCAN, coetáneo a la OMC, modificó este panorama como respuesta a los desafíos planteados por la creciente globalización y a las dificultades de las economías nacionales en desarrollo para reinsertarse en el nuevo escenario económico internacional. Tras ella, se ha producido un auge de los procesos de integración regional en América latina y el Caribe dentro de un movimiento gestado a escala mundial.

Estos procesos se engloban bajo la rúbrica de "nuevo regionalismo", con manifestaciones diversas que alternan proyectos en el ámbito de las macro-regiones de factura clásica, con experiencias inéditas a nivel subregional, incluso entre zonas específicas de dos o más países distintos, y tienen su origen, en su mayoría, en proyectos intergubernamentales con objetivos esencialmente económicos. Se trató de manifestaciones que propiciaron debates de cierta intensidad acerca de los diferentes modelos de integración en presencia y en este sentido colaboraron a una mayor definición de la versatilidad del fenómeno de la integración<sup>22</sup>.

10. Frente a las expectativas que se produjeron en los años ochenta, los desarrollos practicados en la hora actual muestran bien a las claras que los intentos de integración han experimentado insistentes crisis y marcados estancamientos buscándose salidas nuevas que, sin arrinconar por entero los procesos tradicionales, pudiesen aportar soluciones más inmediatas y realistas al objetivo de una más intensa

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> F. Rueda Junquera, "Integración económica en América Latina y el Caribe. Del regionalismo cerrado al regionalismo abierto", *El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica* (I. Berdugo Gómez de la Torre y R. Rivero Ortega, eds.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, pp. 123–161.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> J.C. Fernández Rozas, "El marco general de la integración latinoamericana", *El Tratado de Libre Comercio, la integración comercial y el Derecho de los mercados* (R. Rincón Cárdenas, E. Santamaría Ariza y J.J. Calderón Villegas", eds.) Bogotá, Editorial de la Universidad del Rosario, 2006, pp. 152–179, esp. pp. 161–162.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> O. Dabène, *The Politics of Regional Integration in Latin America. Theoretical and Comparative Explorations*, New York, Palgrave, Macmillan, 2009.

integración en un mundo global. Un diagnóstico sintético evidencia, de un lado, una voluntad política real más bien contenida por parte de muchos Gobiernos que, pese a positivas y en ocasiones grandilocuentes declaraciones programáticas en foros internacionales no implementaban las medidas necesarias para ejecutarlas. De otro lado, ha sido manifiesta una marcada ausencia de continuidad en los propósitos integracionistas, como consecuencia, las más de las veces, de la inestabilidad política y la sucesión de gobiernos que ofrecen en sus programas alternativas distintas a las de sus predecesores.

A partir de estos datos muchos de los procesos emprendidos no han conseguido alcanzar los objetivos mínimos fijados en sus textos originarios, lo que ha obligado a ensayar nuevos modelos quedando muchas veces tanto esfuerzo reducido a una simple "área de negocios". El mero establecimiento de áreas de libre comercio o estructuras muy primarias de uniones aduaneras parece que no es el instrumento adecuado para una verdadera integración si aquellas no vienen acompañadas de acciones coordinadas de política exterior por parte del grupo y del desarrollo de los procesos productivos en el interior de la región considerada. Se trata en estos casos más de meros procesos formales que de verdaderos instrumentos encaminados a una integración real. No basta compartir objetivos comunes en materia de integración para que el proyecto llegue a buen término; es menester que exista un mínimo de coordinación política que debe traducirse en sectores como el industrial, la política exterior, la política migratoria, la actitud frente a la deuda externa o, incluso, en etapas de integración avanzada, el marco de la defensa común. Puede retenerse que los modelos de integración, esencialmente a través de una política de protección arancelaria inadecuada, se han mostrado del todo insuficientes para resolver cuestiones puntuales como, por ejemplo los problemas planteados por la bajada de los precios de las materias primas, la pobreza o el desempleo. Diseñar y poner en práctica mecanismos transparentes de participación ciudadana en los procesos de integración, junto con iniciativas en el marco de la unificación legislativa, tanto de carácter material como de DIPr, es la única vía que puede aportar genuinos resultados a la integración caribeña para que ésta camine en la dirección adecuada, para beneficio de las poblaciones locales. Veamos esta cuestión con mayor detenimiento.

### C) Especialidades de la integración caribeña

11. Al margen de la alternativa fundamental entre la integración regional o continental, con tendencias claramente favorables a la primera<sup>23</sup>, el área del Caribe se enfrenta grandes retos para su desarrollo económico y social ante el fenómeno de la globalización; en este nuevo orden económico global, una parte significativa de la capacidad competitiva de cada Estado caribeño depende de su integración con el resto de los países del área. Dicha área se encuentra inmersa actualmente, en diversos procesos de negociación de libre comercio, de distinto signo aunque simultáneos. Acaso el mayor problema que enfrenta la región ante estas iniciativas es la

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> M. Burac, H. Godard y F. Taglioni, "Le bassin caraïbe dans les Amériques: intégration régionale ou continentale?", *Mappemonde*, n° 72, 2003-4, pp. 12-15. <a href="http://www.mgm.fr/PUB/Mappemonde/M403/Integration.pdf">http://www.mgm.fr/PUB/Mappemonde/M403/Integration.pdf</a>.

falta de recursos humanos y financieros para desarrollar unas negociaciones efectivas, que defiendan sus intereses económicos y comerciales. El principal interés del Caribe es lograr el reconocimiento de un trato diferenciado en las políticas comerciales, que tome en consideración la fragilidad de sus sectores productivos y la dependencia a preferencias comerciales en mercados de la Unión Europea, los EEUU y Canadá.

La integración caribeña emerge, de esta suerte, como una alternativa de desarrollo independiente, que trasciende del estricto marco económico y comercial y cuyo objetivo último es la consecución de políticas que suministren mejores niveles de desarrollo económico y de bienestar social. El proyecto armonizador que promueve la OHADAC se instituye como una oportunidad inmejorable dentro del proceso de desarrollo de las economías caribeñas en el marco de una economía globalizada. Baste atender a sus objetivos prioritarios: hacer frente a la inseguridad jurídica y judicial en los Estados del área con el objetivo de garantizar la confianza de los inversores y de facilitar los intercambios entre los Estados miembros.

El proyecto aporta herramientas de utilidad para que los países que componen esta zona geográfica intensifiquen el comercio intra—caribeño, que fluctúa entre el 12% y el 20% del comercio total, al estar concebido como un vehículo de transmisión entre el desarrollo de las grandes economías de escala y los procesos de reforma jurídica en la referida zona de integración en el área del Caribe. Para establecer relaciones comerciales con los demás países es menester patrocinar acciones y estrategias que inciten el desarrollo económico de los países de la región partiendo de las oportunidades y fortalezas que ofrecen dichas economías. Unos mecanismos que deben servir para superar con carácter perentorio las tendencias desfavorables de la cooperación internacional que han sido características de esta área geográfica. En este contexto, la consideración de las normas de DIPr de los países y territorios que integran esta entidad ofrece un interés especial y ello ha aconsejado la preparación de una acción especial que ha concluido con la presentación del presente Proyecto de Ley Modelo.

En efecto, los fenómenos complementarios de la globalización y de la integración han trastocado seriamente la imagen del DIPr tradicional basada en las ideas de reparto, de localización, de territorio y de soberanía de los Estados. En una economía de libre mercado y globalizada, caracterizada por la destrucción de las barreras nacionales al libre comercio de mercancías, servicios y capitales, en la que pretende integrarse los países del área del Caribe, las relaciones con el resto del mundo, son mucho más que un mero aspecto de diplomacia; son actividades que cada vez resultan más acuciantes en todos los niveles económicos y sociales para la circulación de la riqueza con carácter transnacional. Por esta razón los países del Caribe deben buscar la forma de regular todas o, por lo menos, la mayoría de las situaciones que tienen vinculaciones con diferentes Estados, labor que se debe llevar a cabo a través de un sistema completo y eficiente de reglas, que permitan encontrar la ley sustancial que regirá una determinada relación privada y la precisión del órgano judicial que encargado de resolver las controversias que de ellas se derivan.

12. Los instrumentos de la integración no son exclusivamente económicos (v.gr., arancel aduanero común, normas de origen, medidas de protección comercial...). Los entes que participan en un proceso de este tipo, al mismo tiempo que mantienen su soberanía o sus vinculaciones y su nacionalidad están predeterminados a internacionalizarse a partir de parámetros particulares<sup>24</sup>. En el concreto ámbito de la cooperación jurídica y judicial esta tendencia se expresa en la discusión, elaboración y un aumento progresivo en el número de instrumentos jurídicos y agentes intervinientes en las estrategias de cooperación. El fin último de la cooperación judicial civil y mercantil es el establecimiento de una colaboración más estrecha entre las autoridades de los Estados con el fin de eliminar todo obstáculo derivado de la incompatibilidad entre los distintos sistemas judiciales y administrativos (reconocimiento mutuo y ejecución de las decisiones, acceso a la justicia y armonización de las legislaciones nacionales). Uno de estos instrumentos, que podría desarrollarse con éxito en el área OHADAC, se refiere al apoyo que puede brindarse a los Gobiernos para enfrentar los distintos retos en materia jurídica y judicial, por medio de nuevos mecanismos legales que resulten pertinentes para la consecución del referido fin último de la cooperación. Con todo ello lo que se pretende es contribuir a la consolidación de un verdadero espacio caribeño de justicia, en el que los particulares y las empresas pueda gozar de libertad para ejercer plenamente sus derechos. Como se ha señalado con anterioridad, el punto de partida de la diversidad estatal y un respeto posible y necesario de algunas particularidades nacionales hacen que la estrategia del DIPr sea una de las más eficientes, al cohonestar respeto de la diversidad con soluciones previsibles y uniformes. En cierto modo, al lado de las normas que resuelven las cuestiones de Derecho aplicable, las normas de cooperación judicial internacional (competencia judicial internacional, asistencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones) están llamadas a formar parte de este Derecho procesal especial para situaciones internacionales en un sentido amplio.

Cualquier iniciativa de integración precisa aunar esfuerzos tanto normativos como institucionales para simplificar y aclarar los procesos de cooperación, de ahí conveniencia de unificar legislaciones y de reducir el número de operadores que actúan en el marco de la cooperación, para así posibilitar procedimientos más sencillos y eficaces. Actividades con estas características pueden ser reforzadas y ampliadas a otros temas y materias jurídicas y judiciales de acuerdo con las experiencias y necesidades que manifiesten los países. Una de las actividades relacionadas con la cooperación jurídica y judicial que sería provechoso impulsar se refiere a la definición de acciones que permitan a las autoridades con competencia en las materias jurídicas y judiciales un diálogo más fluido, con intercambio de experiencias y el impulso de actividades de cooperación horizontal para el perfeccionamiento del régimen y funcionamiento de sus instituciones democráticas. Los países del área OHADAC pueden implementar mecanismos de cooperación en el desarrollo legislativo de instrumentos jurídicos internos.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup>Vid. para América latina, J. Luch English, La théorie politique de l'integration et son application à l'Amérique latine, Louvain, Institut de Science Politique de l'Université Catholique, 1970.

En la medida en que avancen las negociaciones para la consolidación del libre comercio en dicho territorio se hará más y más necesario que los países armonicen e integren su Derecho interno en los temas en los que se perfile un consenso en ese proceso de diálogo y negociación. La revisión y armonización de las legislaciones nacionales con los compromisos internacionales contraídos o su simple perfeccionamiento es una labor difícil en sí misma considerada y particularmente compleja en especial para los países que tienen un menor grado de desarrollo económico y de trayectoria democrática. Ello hace especialmente necesaria una labor de apoyo que bien puede iniciarse mediante la preparación de antecedentes de Derecho comparado y la elaboración de estudios y análisis sobre leyes, reglamentos y prácticas administrativas más exitosos en los distintos temas de la agenda jurídica del área acotada relacionada con los temas judiciales y de administración de justicia. En este catálogo el DIPr desempeña un papel esencial.

### D) Manifestaciones de la integración caribeña

13. La apertura comercial del Caribe ha reforzado considerablemente numerosas vinculaciones en todos los niveles tanto en el marco de los esquemas multilaterales como en los regionales y en el ámbito bilateral que se han consolidado con la suscripción de acuerdos comerciales entre los países del área<sup>25</sup>. Han aparecido, asimismo, algunas organizaciones de integración. Al estrecharse las relaciones se han puesto de relieve serios obstáculos al proceso (*v.gr.*, condiciones en el país de origen y facilidades para el movimiento de mercancías y del transporte, entre otras) cuya superación permitiría posibilidades adicionales de crecimiento para el empresariado regional.

En cualquier caso, la proliferación de Organizaciones internacionales en torno al Caribe puede ser tanto una ventaja como un impedimento. Ciertos países pertenecen a la Comunidad del Caribe (CARICOM) o al CARIFORUM<sup>26</sup>, a la Asociación de Estados del Caribe (AEC), a la Organización de Estados del Caribe Oriental (OECO/OCDS)<sup>27</sup>, al Grupo de Río o a la Comunidad de Estados Latinoamericanos

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup>*V.gr.*, Tratado revisado de Chaguaramas, por el que se crea la Comunidad del Caribe, que incluye el Mercado Único y la Economía Común de la Caricom, el Tratado de Basseterre, por el que se crea la Organización de Estados del Caribe Oriental o el Acuerdo por el que se establece una zona de libre comercio entre la Comunidad del Caribe y la República Dominicana.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Es un espacio de diálogo político creado en octubre de 1992 con el propósito de gestionar y coordinar la ayuda financiera proveniente de la Unión Europea a los países caribeños signatarios de las convenciones de Lomé y promover la integración y la cooperación en el Caribe. Forman parte de este espacio: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Cuba, Dominica, República Dominicana, Granada, Guayana, Haití, Jamaica, Suriname, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tobago. Tienen estatuto de observador los siguientes territorios británicos y holandeses: Anguilla, Aruba, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Montserrat, Turcas y Caicos y Antillas Holandesas. También tienen este estatuto los departamentos franceses de ultramar en el Caribe: Guiana francesa, Guadalupe y Martinica. Vid. D.A. Mohammed, "The Cariforum-UE EconomicPartnershipAgreement :ImpedimentorDevelopmentOpportunity for Caricum SIDS?", The Diplomacies of Small states: Between Vulnerability and Resilience, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2009, pp. 160-177.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup>Agrupa a las islas de Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Monserrat, San Cristobal y Nieves, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas como miembros asociados. Entre sus objetivos

y Caribeños (CALC)<sup>28</sup>; y estos entes tienen como objetivo, siquiera parcial, la integración económica. Varios países pertenecen a organizaciones regionales que desbordan las fronteras del Caribe, pero que pueden propender hacia objetivos similares desde el punto de vista de la armonización jurídica o de la integración económica: ALADI, ALBA, OEA, Commonwealth... Esta pluralidad de Organizaciones internacionales es similar a la que afecta a los Estados de la OHADA en el conteniente africano<sup>29</sup>, y en este caso no fue óbice para que la armonización del Derecho comercial se implementara con indudable éxito sobre la base de una organización específica<sup>30</sup>. Con seguridad la OHADAC no podrá cumplir un papel tan amplio como el de la OHADA en África<sup>31</sup>, al menos en un primer momento. En todo caso, es preciso contar con esta pluralidad de Organizaciones internacionales y apoyarse en ellas para poder conferir a la OHADAC una responsabilidad particular, orientada hacia la armonización jurídica en materia comercial, quizás con un perfil más técnico que político, donde el protagonismo reposará sobre instituciones privadas (Cámaras de comercio y arbitraje) más que sobre los Estados, al menos en un primer momento. Se trata de un dato que condiciona asimismo la estrategia para la armonización, que no es patrimonio exclusivo del África subsahariana<sup>32</sup>.

figura promover la cooperación entre los Estados miembros y a nivel regional e internacional y la integración económica entre los Estados miembros.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Es un organismo intergubernamental de ámbito regional, constituido por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países de América latina y el Caribe, reunidos en la Cumbre de la Unidad de América latina y el Caribe, conformada por la XXI Cumbre del Grupo de Río y la II CALC (Cumbre de América latina y del Caribe sobre Integración y Desarrollo), en la Riviera Maya, México, los días 22 y 23 de febrero de 2010. Su finalidad es "avanzar de manera decidida hacia una organización que agrupe a todos los Estados de América latina y El Caribe.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup>P. Francescakis, "Problèmes du droit international privé de l'Afrique noire indépendante", *Recueil des Cours*, t. 112 (1964-II), pp. 269-361; V. Babini, "Il diritto internazionale privato quale elemento di armonizzazione dei diritti dei nuovi Stati africani", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. III, 1967, pp. 302-314; U.U. Uche, "Conflict of Laws in a Multi-Ethnic Setting Lessons from Anglophone Africa", *Recueil des Cours*, t. 228, (1991-III), pp. 273-438.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup>G. Ngoumtsa Anou, "La régionalisation pour le droit: l'exemple de l'OHADA", *La régionalisation du droit international* (S. Doumbé-Billé, coord.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 189-207.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> C'est que l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a adopté des lois d'uniformisation du droit matériel, appelées Actes uniformes. Applicables aux rapports internes et internationaux, ces textes remplacent le droit matériel des Etats membres dans le domaine uniformisé. Ils font ainsi l'économie des conflits de lois et de leurs méthodes de solution, mais dans une mesure limitée. Le droit unifié est d'abord incomplet dans la mesure où il ne règle pas toutes les questions dans le domaine qu'il s'assigne, soit parce qu'il contient des lacunes, soit parce que l'ordre communautaire préfère soumettre la question à un ordre juridique extérieur. Ainsi, certains conflits de lois demeurent et ne peuvent être réglés que par le recours aux règles de conflit nationales ou communautaires. Bien plus, le droit unifié s'applique aux situations extracommunautaires par l'entremise des règles de conflit et emprunte les mécanismes du droit international privé pour assurer le respect de ses valeurs. Ainsi s'explique l'existence d'un ordre public international de l'OHADA et des lois de police communautaires, à l'image de ce que l'on observe dans le droit de l'Union européenne. On constate alors l'émergence d'un droit international privé de l'OHADA, appelé à se développer en matière de conflits de lois et de juridictions. En comparant l'OHADA à l'expérience européenne, l'ouvrage s'attache donc à déterminer l'incidence de l'intégration juridique sur le droit international privé. Vid. G. Ngoumtsa Anou, Droit OHADA et conflits de lois, Paris, LGDJ, 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup>P. Gannagé, "Observations sur la codification du droit international privé dans les Etats de la Ligue arabe", *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 105-123.

14. Prescindiendo de una larga tradición de integración en Centroamérica por obvias razones históricas, cabe retener que durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, la producción y el comercio centroamericano estuvieron dominados por las actividades agrícolas tradicionales, algunas de las cuales lograron gran integración al mercado externo, como el café, el banano y el cacao. Este proceso fue mucho más acelerado para el caso de Guatemala, El Salvador y Costa Rica, y en menor grado se presentó en Nicaragua y Honduras. Entre otros aspectos, se buscaba favorecer el crecimiento de actividades industriales que permitieran la sustitución de importaciones y que al mismo tiempo, diversificaran la oferta productiva centroamericana. Panamá, a su vez, siguió desde sus inicios una clara vocación de economía de servicios (asociados al canal y al sector financiero), en una dinámica que difiere de los procesos de industrialización por sustitución.

Fundado a principios de los años sesenta del pasado siglo el Mercado Común Centroamericano es el más antiguo de los grupos de integración de la región; incluye a Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. A finales de los años setenta y durante la década de los ochenta este Mercado se vio afectado por la inestabilidad política en varios de sus países miembros, lo que condicionó decisivamente su desarrollo posterior y su propia crisis. No obstante, los empresarios del istmo han tenido un importante papel en el auge de las exportaciones, y son reseñables sus iniciativas para responder a los desafíos de la competencia internacional mediante productos y servicios competitivos. En 1993 los países de la subregión asumieron el compromiso de alcanzar un Arancel Externo Común que podía adoptarse a distintos ritmos y debía fluctuar entre el uno y el quince por ciento y, para 1995, la convergencia de aranceles externos incluyó por primera vez al sector agropecuario.

Paralelamente a las anteriores experiencias de integración económica regional, seis Estados centroamericanos (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) instituyeron en virtud del Protocolo de Tegucigalpa, de 13 diciembre 1991, el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), que comenzó su funcionamiento el año 1993. Este sistema está compuesto, a su vez, por cuatro subsistemas de integración en las áreas económica, social, cultural y política. Indudablemente, la primera de ellas es la más importante y cuenta como norma de base con el Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana, hecho en Guatemala el 29 octubre 1993. Los objetivos en materia económica y comercial están expresados en términos bastante genéricos; en concreto, el SICA aspira a lograr un sistema regional de bienestar y justicia económica y social para los pueblos centroamericanos, alcanzar una unión económica y vigorizar el sistema financiero centroamericano; asimismo, persigue el fortalecimiento de la región como bloque económico para insertarlo exitosamente en la economía internacional.

Tras un período de letargo, la integración en el área centroamericana experimentó notables avances a lo largo de seis encuentros entre los Presidentes de la región. El logro más significativo es la suscripción del "Convenio Marco para el Establecimiento de la Unión Aduanera Centroamericana", suscrito el 12 de diciembre del año 2007, por los Ministros de Economía, Comercio Exterior o In-

dustria. El convenio marco establece y reafirma la voluntad de conformar una Unión Aduanera en sus territorios, en concordancia con lo dispuesto por el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y de Comercio (GATT) y de la institución heredera, la Organización Mundial de Comercio. El acuerdo consta de VII Títulos y treinta artículos y operará en forma gradual y progresiva. No tiene plazo de vigencia, es indefinido y está abierto a la firma de cualquier país miembro del SICA, y el país adherente depositará el instrumento de adhesión en la Secretaría General del SICA.

15. La Comunidad del Caribe (Caricom) agrupa a Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Monserrat, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, y Trinidad y Tobago y Suriname. El Mercado Común de la Comunidad del Caribe fue establecido por el "Tratado de Chaguaramas" firmado por Barbados, Jamaica, Guyana y Trinidad y Tobago. Entró en vigor el 1 de agosto de 1973<sup>33</sup>. Subsiguientemente, los otros ocho territorios caribeños se integraron al Caricom. Bahamas se convirtió en el Estado Miembro número 13 de la Comunidad el 4 de julio de 1983. En julio de 1991, las Islas Vírgenes Británicas y Turcos y Caicos ingresaron como Miembros Asociados de la Caricom. Otros doce Estados de Latinoamérica y el Caribe son observadores en varias instituciones de la Comunidad y cuerpos ministeriales de Caricom. Surinam se convirtió en el Estado Miembro número 14 de la Comunidad el 4 de julio de 1995. Los habitantes de estos países suman 6 millones. La Comunidad implementa actualmente la segunda fase de su Arancel Externo Común, que tenía por meta alcanzar un rango de tarifas entre un cinco y un veinte por ciento para 1998. Caricom ha suscrito acuerdos de comercio con Colombia, México, RD y Venezuela y sus países reciben un trato preferencial de parte de los EE UU de América y la Unión Europea.

En 1995 se creó la Asociación de Estados del Caribe (AEC), la cual vincula más estrechamente a los países del Caribe con otros de la región, particularmente los del norte de Sudamérica, Centroamérica y México. En ella participan veinticinco países y doce territorios de la cuenca del Caribe. Las áreas prioritarias de acción de la AEC son el turismo y el transporte, tanto intra–regional como interregional. La AEC responde de alguna manera a un sentimiento de reacción frente a los acelerados procesos de integración y a los procesos de globalización y su aparición respondió a una iniciativa de los países de la Caricom, apoyados principalmente por los países del Grupo de los Tres<sup>34</sup>.

La constitución del Mercado Común de la Comunidad del Caribe fue el resultado de un esfuerzo de 15 años para cumplir con la esperanza de una integración regional que nació con la creación de la Federación de las Antillas Británicas en 1958. En lo económico, la Región mantuvo la misma condición prevaleciente durante años y el Libre Comercio aún no había sido introducido entre los Países Miembros

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> A. Payne, "The Rise and Fall of Caribbean Regionalisation", *Journ. of Common Market Studies*, vol. XIX, 1981, pp. 225-280; H.S. Gill, "Caricom: origen, objetivos y perspectivas de integración en el Caribe", *Integración Latinoamericana*, nº 191, 1993, pp. 37-44.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> E.E. Espinosa Martínez, "La Asociación de Estados de Caribe: una nueva realidad institucional", *Economíay Desarrollo*, vol. 126, nº 1, 2000, pp. 71–96.

durante este período. La Federación Antillana llegó a su fin en 1962, lo cual, en muchos aspectos, debe considerarse como el verdadero comienzo de lo que es hoy la Comunidad del Caribe. El cierre de la Federación significó el inicio de esfuerzos más serios de parte de los líderes políticos del Caribe para fortalecer los lazos entre las islas y el continente, al disponer la continuación y fortalecimiento de las áreas de cooperación que existieron durante la Federación.

16. Resulta obligado referirse a la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) que se estableció en 1984 como una concesión unilateral de EE UU que otorgaba acceso preferencial a las exportaciones provenientes de los países de Centroamérica y el Caribe hacia EE UU, en condiciones libre de aranceles o pagando aranceles más bajos que los aplicables a las exportaciones de otros países. Originalmente, los textiles estaban excluidos de las preferencias de la ICC. Por eso, cuando entró en vigor el TLCAN, las exportaciones de textiles de toda Centroamérica quedaron en desventaja en relación con las exportaciones mexicanas. En el año 2000, los países centroamericanos y del Caribe consiguieron que EE UU incluyera las exportaciones de textiles y atún en las preferencias de la ICC, a través de la Ley de Asociación Comercial para la Cuenca del Caribe (CBTPA). La aspiración de Centroamérica era llegar a firmar un TLC con EE UU, en vista de la precariedad de la ICC y de la desventaja en que estaba frente a otros países –como México y Canadá–<sup>35</sup>.

En septiembre de 2001 los gobiernos de los países centroamericanos y de EE UU acordaron iniciar una fase exploratoria tendente al lanzamiento oficial de las negociaciones, con el propósito de llegar a un acuerdo de libre comercio. A partir de 2002 se realizaron una serie de talleres técnicos en diferentes ciudades de Centroamérica y de EE UU, que dieron lugar a un intercambio de información sobre diversos temas comerciales, facilitando la posterior definición del marco que delimitaría el alcance de la negociación. Con base en ese proceso, los países acordaron dar inicio a la negociación de un tratado de libre comercio, lanzando oficialmente el mismo el 8 de enero del 2003. Fue una negociación compleja que se desarrolló en sucesivas rondas y, considerando el esquema de integración existente en Centroamérica, por parte de los Estados centroamericanos requirió una serie de reuniones de coordinación de la posición conjunta a plantear en la mesa de negociación. Los países centroamericanos concluyeron la negociación en diciembre del 2003. Durante el proceso de negociación, República Dominicana planteó su interés en sumarse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y EE UU, lo cual fue recibido positivamente por los seis países. Así, una vez concluida la negociación entre los países centroamericanos y EE UU, República Dominicana acordó aceptar las disciplinas previamente negociadas por estos seis países, y celebrar negociaciones con EE UU y Centroamérica para acordar las condiciones de acceso de sus productos a esos mercados y viceversa<sup>36</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> A.P. Gonzales, "CaricomandStrategicAdjustmentOptionsin thePost-LoméWorld", *Les relations ACP/UE après le modèle de Lomé: quel partenariat?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 3-27.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup>En agosto de 1998, la República Dominicana firmó con los países de la Comunidad del Caribe (Caricom), el Acuerdo para el establecimiento del área de libre comercio entre ambas partes. El mismo fue ratificado por el Congreso Nacional en febrero de 2001 mediante la Resolución 38-01. *Vid.* J.C. Fernán-

17. El Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – EE UU fue suscrito por los siete países Parte, el 5 de agosto del 2004.El DR–CAFTA tiene en común con otros acuerdos muchas normas que reafirman las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC), configurando una liberalización comercial a partir de sus postulados, e incorpora disposiciones previstas en la integración centroamericana, la mayoría de las cuales se aplican de manera multilateral. Por lo tanto, el DR–CAFTA mejora la normativa centroamericana, lo que a su vez es benéfico para las relaciones comerciales de la región. En este instrumento, se identifican los cambios legislativos que los países centroamericanos deben realizar para la entrada en vigor del tratado, los cuales se concentran en las áreas de servicios, telecomunicaciones y propiedad intelectual. Es de esperar que la mayor apertura de la región y la mejora normativa inducida por la suscripción del DR–CAFTA genere mayores oportunidades de inversión, comercio y empleo en los países signatarios.

Como condición para la entrada en vigor, los países negociantes debieron agotar un complejo proceso de reforma legal, que imponía ajustar sus respectivas normativas a los estándares internacionales, disciplinas comerciales de última generación y disposiciones previstas en el Tratado, consecuentes a su vez con la evolución de la normativa comercial internacional. Si bien en un principio los trabajos de reforma se desarrollaron de manera conjunta, en una segunda fase se efectuó de manera bilateral entre cada país y los EE UU.

### E) Contribución del Derecho internacional privado

18. La aparición de proyectos regionales de integración económica y política ha sido una de las realidades que con mayor apremio han puesto en evidencia la necesidad de la superación de la referencia estatal en la formulación del objeto del DIPr<sup>37</sup>. En este sentido, los fenómenos de integración obligan a dar un paso más en el silogismo: dado que el DIPr cubre discontinuidades jurídicas en el espacio originadas por una diversidad de causas es preciso plantearse que el objeto no es una situación privada heterogénea uniforme, sino diferentes "situaciones privadas heterogéneas" a las que el DIPr debe dar una respuesta específica. Y esta necesidad se deja sentir con mayor claridad si cabe, aunque no de manera exclusiva, en el caso de la integración europea que no sólo cuenta con un objetivo jurídico propio: el objetivo jurídico de integración; sino que igualmente cuenta con un ordenamiento jurídico autónomo y completo, con sus propias fuentes, cuya vocación de ser aplicadas en el espacio se delimita funcionalmente: en cuanto cubren situación privadas "de integración" o "intracomunitarias"<sup>38</sup>. Tomando la clasificación propuesta por S. Alvarez González, asumida la "función delimitadora" del objeto, la diversi-

dez Rozas y L. Contreras, *Derecho del comercio internacional y política comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2013, pp. 197 et seq.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> J.C. Fernández Rozas, "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de DIPr*, nº 9, 2000, pp. 7-32.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> C. Kessedjian, "Le droit international privé et l'intégration juridique européenne", *Intercontinental Cooperation through Private International Law: Essays in Memory of Peter E Nygh*(T. Einhorn & K Siehr, eds), The Hague, TMC Asser Press, 2004, pp. 192 *et seq*.

dad de la heterogeneidad que lo caracteriza permite perfilar una "función normativa" del mismo<sup>39</sup>.

La puesta en marcha de un proceso de integración hace que el papel del Derecho y, en particular, del DIPr, cobre una relevancia esencial<sup>40</sup>: la integración, en tanto que objetivo funcional, recurre a este ordenamiento por su eficiencia para favorecer la identidad cultural de los individuos a través del respeto a la diversidad jurídica, al tiempo que armoniza las soluciones haciéndolas más previsibles; dicho de otro modo, el DIPr constituye una "unidad funcional" que se vincula muy estrechamente a los principios y a las libertades que genera el establecimiento y el funcionamiento de un ente supranacional<sup>41</sup> o de un área de libre comercio.

Paralelamente cualquier fenómeno de integración regional repercute de manera sustancial en la reglamentación de las situaciones vinculadas con más de un ordenamiento jurídico estatal, a las situaciones que podemos llamar de tráfico privado externo, pero la intensidad de la repercusión está en relación directa con la nivelación de los logros conseguidos. Aceptando una clasificación funcional muy primaria, pero válida para nuestros fines, podemos distinguir entre zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica e integración global y, como es bien sabido, cada una de ellas se construye como consecuencia de la suma cualitativa de los siguientes elementos: eliminación de aranceles aduaneros, arancel exterior común, políticas comerciales comunes, políticas económicas comunes y políticas globales comunes (defensa, exterior, industria, monetaria, etc.). Ni que decir tiene que el papel del DIPr es muy distinto en cada uno de estos niveles pudiendo afirmarse que solo comienza a ser especialmente relevante a partir de la etapa del mercado común -al margen de que el proceso genere una suerte de procedimiento de armonización de legislaciones- y llega a constituir un elemento imprescindible en la última fase del proceso<sup>42</sup>. Así, en unos modelos primarios de integración la afectación repercutirá directamente en las normas del Derecho administrativo económico de los Estados miembros, pero a medida que el fenómeno integrador se incrementa éste repercutirá decisivamente en el Derecho privado, más concretamente en el Derecho patrimonial; por último, el tránsito de la integración económica a la política desencadena la proyección en todos los sectores del ordenamiento jurídico, incluyendo incluso el Derecho de la persona.

Entendido el DIPr como ordenamiento regulador de las situaciones privadas internacionales, en relación con un sistema estatal determinado y concreto, es indu-

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> S. Alvarez González, "Objeto del DIPr y especialización normativa", *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, 1993, pp.1109-1151.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> C. Mouly, "Le droit, peu-il favoriser l'intégration européenne?", *Rev. int. dr. comp.*, 1985, pp. 895-945; V. Heutger, "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration", *European Review of Private Law*, vol. 10, 2002, pp 857-864.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> E. Jayme y C. Kohler, "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, pp. 15-16.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup>Vid. J.Mª Gondra Romero, "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)", *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, Civitas, 1986, pp. 275-312.

dable que cualquier proceso de integración puede suponer una transformación sustancial de su enfoque tradicional. La integración tiende a producir este ámbito tres alteraciones de base<sup>43</sup>: en primer término, genera una auténtica mutación de uno de los presupuestos básicos del DIPr que no es otro que el fenómeno de "frontera"; en segundo lugar, al existir una marcada tendencia en cualquier proceso de integración hacia la unificación de legislaciones en el sector productivo, queda igualmente alterado el otro de los presupuestos de base de este ordenamiento: el del pluralismo de sistemas; por último, y habida cuenta que en todo proyecto de "Derecho comunitario" suelen aparecer numerosas lagunas, la nueva entidad experimenta una tendencia a la codificación directa de ciertas materias del DIPr.

19. Un ejemplo paradigmático de la necesidad de que la integración se vea acompañada de las necesarias previsiones de DIPr nos lo proporciona el cauce por excelencia a través del cual discurren las transacciones económicas de carácter transfronterizo: el contrato internacional. No bastan las soluciones domésticas en materia contractual para afrontar con solvencia la contratación internacional. Se hace preciso contar con una regulación apropiada de la dimensión internacional que cubra, por centrarnos en el ámbito de la OHADAC el importante vacío legal que hasta la fecha ha caracterizado la normativa positiva sin que, por otro lado, la jurisprudencia haya conseguido compensar con resoluciones que arrojen la suficiente certeza a los operadores comerciales. Es cierto que existe un seguimiento mayoritario de la Convención de Viena de 1980 para el contrato de compraventa de mercaderías y de algunos otros instrumentos internacionales, pero esta regulación, por importante que sea, resulta insuficiente para afrontar la complejidad derivada de la contratación internacional que exige normas del DIPr de las que, salvo excepciones muy notables, como es el caso de Venezuela, carecen estos países.

Son necesarias soluciones que, garantizando los intereses de los contratantes caribeños y las normas de orden público económico que aseguran la estabilidad de la economía de la región, establezcan un clima de confianza para la contratación por extranjeros de acuerdo con los postulados derivados de la denominada *lex mercatoria*; soluciones que sean también atentas a un tratamiento equitativo respecto a los nacionales por parte de los tribunales de justicia de Caribe. Dicho clima podría haber sido favorecido por la incorporación de los países de la zona a la Convención de México de 1984 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, también elaborada en el seno de la CIDIP (solo son parte de la misma México y Venezuela), pero como esto no ha sido así no pueden desdeñarse las soluciones establecidas por este importante instrumento jurídico, modélico desde la perspectiva del Derecho comparado, y estudiar la viabilidad de introducirlas en el DIPr de los países de la OHADAC, siquiera a través de la vía de una Ley Modelo<sup>44</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> J.C. Fernández Rozas, "Derecho internacional privado y Derecho comunitario", *loc. cit.*, pp. 785-786.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup>Vid. infra, arts. 45 et seq. de la presente Ley.

### 2. Incremento regional de las relaciones del tráfico privado externo

### A) Factores condicionantes

- 20. Todo proceso de integración acaba por reclamar inexorablemente una asistencia jurídica entre los Estados en materia civil y mercantil que se va extendiendo como una mancha de aceite a medida que las necesidades del proceso lo exigen. Al lado de las cuestiones estrictamente comerciales, en los últimos tiempos se asiste en el área del Caribe a un incremento sin precedentes de otros problemas derivados del tráfico externo que requieren una atención especial de los legisladores nacionales y conducen a la necesidad de establecer unas normas precisas de DIPr que den respuesta a los problemas puntuales de este sector: movimientos migratorios con toda la carga personal y familiar que aparejan, desarrollo del turismo e incremento del comercio exterior y de la actividad inversora.
- 21. Frente a los movimientos migratorios y a las integraciones económicas regionales, la necesidad de fronteras jurídicas y aún físicas sigue constituyendo uno de los puntos críticos de los debates originados por las relaciones transfronterizas. El fenómeno de la inmigración implica un gran desafío en cuanto al impacto económico y social que este movimiento humano produce en orden a que la sociedad de acogida pueda conciliar su propio progreso con la plena vigencia de derechos humanos y unas expectativas de vida digna de los inmigrantes y sus familias, preservando al mismo tiempo las características inherentes a su propia identidad y cohesión nacionales. Al margen de las normas que rigen el acceso y permanencia de los extranjeros en los diversos Estados, cuestión que debe encuadrarse en una dimensión jurídico pública, debe existir una ordenación de las relaciones privadas de los extranjeros ya establecidos que, siguiendo las pautas del Derecho comparado afronte una opción básica: la aplicación de la ley del país de la nacionalidad de los extranjeros o la aplicación de la propia ley o una tercera, a todas las cuestiones jurídicas que afectan al círculo personal y familiar del individuo, con inclusión de extremos determinantes también para su entorno patrimonial, como pueda ser su capacidad para realizar eficazmente actos con trascendencia jurídica. Sin entrar en otras consideraciones de carácter técnico, que se señalaran más adelante, es preciso abordar de una vez por todas si las tradicionales soluciones basadas en la aplicación de la ley nacional de los individuos constituyen la respuesta correcta en un modelo normativo elaborado en pleno siglo XXI.

Dar respuesta a esta pregunta en un contexto de inmigración creciente podría apoyarse en la clásica dicotomía que apuesta de forma simplista por la aplicación de la ley domiciliar con vistas integradoras frente a la conexión nacionalidad con un marcado objetivo de vínculo a lo originario. Si el diagnóstico es preciso, la creciente inmigración parece decantarse por la aplicación de la ley del domicilio de las personas (los inmigrantes y los propios nacionales residentes en el espacio de Caribe). Sin embargo, nada es tan fácil. Tras décadas de disputas teóricas y de opciones legislativas, la búsqueda de un justo equilibrio ha llevado a que los actuales sistemas opten por soluciones "predominantemente" basadas en el domicilio o "predo-

minantemente" basadas en la nacionalidad, pero no en sistemas puros. Opciones en las que en los últimos tiempos está jugando un papel primordial un invitado de lujo: la autonomía de la voluntad que bajo determinadas condiciones pone en manos del interesado la decisión sobre orientarse hacia la integración o seguir vinculado a sus orígenes. Más adelante veremos cómo se manifiesta esta idea en la Ley Modelo.

**22.** El territorio OHADAC gracias a su privilegiada ubicación geográfica en el Caribe, posee muchas zonas que son particularmente atractivas e interesantes para la *industria turística* debido a las bellas playas que tiene así como también a sus hermosos paisajes. La ordenación de las normas sobre extranjería dirigida a facilitar el turismo refleja el interés del Estado de promover una actividad comercial, mayoritariamente privada, que en ocasiones se convierte en importante fuente de ingresos para impulsar las economías nacionales. Esto da lugar a un particular estatuto del turista que constituye un presupuesto básico para el desarrollo de una industria que interesa a la actividad empresarial privada<sup>45</sup>.

Hoy el turismo extranjero es un fenómeno que forma parte de la vida diaria de los caribeños, ya que de él depende en gran parte, condicionando no sólo su sustento económico sino también su manera de vivir. Los turistas extranjeros generalmente consumen en euros o en dólares o intercambian su moneda lo que produce una inserción de divisas en la economía nacional posibilitando que los países del área puedan acceder a los servicios y productos que no origina. Ahora bien, la estancia de millones de turistas, pese a lo limitado de su duración, plantea importantes problemas a los que hay que dar respuesta desde una perspectiva macroeconómica, como el incremento de vuelos extranjeros al país o la generación de divisas; desde una perspectiva ecológica, no en vano la mayor parte de los hoteles de la zona está en manos de extranjeros, el turismo potencia la destrucción de la fauna y flora de las zonas turísticas y produce problemas de contaminación y de tráfico; y, por último, desde la perspectiva jurídica en el estricto ámbito de lo privado<sup>46</sup>.

Las circunstancias apuntadas muestran la imperiosa necesidad de establecer un marco legal que dé seguridad jurídica a las transacciones que dichos extranjeros realicen de carácter contractual, con una especial atención a la contratación turística internacional que ofrece una extraordinaria complejidad por involucrar relaciones de franquicia hotelera, compraventa internacional de mercaderías, transferencia de tecnología y relaciones de carácter laboral, habida cuenta que la inmensa mayoría de los trabajadores que prestan sus servicios en empresas turísticas extranjeras son caribeños. A estas dimensiones de la contratación turística es preciso añadir la cada vez menos evitable del turista como consumidor y, por tanto, como acreedor de unos específicos derechos y una cierta privilegiada posición jurídica frente al profesional con quien contrata.

Pero el turismo no sólo requiere soluciones de carácter contractual ya entre profesionales del sector ya entre profesionales y turistas consumidores, la eventual

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Con referencia a la experiencia española *vid*. N. Downes Peirú, "Reflexiones en torno al turismo en el Derecho internacional privado español", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, nº 18, 2001, pp. 117-136.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup>.M. C. Belderrain Boer, "Globalização e Turismo:efeitose tendências", *Relaçõesinternacionais* & *globalização: grandes desafios*(O. de Oliveira, coord.), 2ªed. Ijuí: Ed.Unijuí, 1999, pp.285-318.

destrucción del medio ambiente por parte de la industria hotelera, el aumento de accidentes de tráfico ocasionados por turistas extranjeros y el incumplimiento de las condiciones de estancia turística, señaladamente los denominados viajes combinados, obligan a una regulación pormenorizada en la que la dimensión extracontractual desempeña un importante papel.

23. Con la apertura al comercio internacional, la economía de numerosos países del Caribe ha caminado, a partir del fenómeno de la privatización empresarial, hacia una política marcadamente liberal excepto en los sectores reservados en exclusiva al Estado. Paralelamente, en los últimos años se han realizado diversas modificaciones legales y de desregulación administrativa con el fin de atraer capitales productivos externos y aumentar así la oferta y la calidad de los empleos, incrementar las exportaciones y mejorar las condiciones para la efectiva transferencia de tecnología. Desde la perspectiva jurídica, la adaptación a la globalización y al comercio internacional de las transacciones privadas, ha repercutido en la modificación y simplificación de centenares de leyes, en un intento de eliminar las barreras que dificultan el desarrollo del comercio. Fundamentalmente aquellas que hacen referencia a la transferencia de tecnología, de marcas y patentes, de inversión extranjera.

El incremento del comercio exterior merece una reflexión particular pues es un índice expresivo del crecimiento económico de la zona OHADAC, de su nivel de integración en la economía internacional, así como de su inserción en la economía de mercado y su liberalización económica, procesos graduales iniciados en la década de los años noventa y de los 2000 que se han visto fortalecidos y profundizados en la última década, cuando los Estados de la zona han suscrito importantes acuerdos de libre comercio con los EE UU y la UE. La referida apertura al comercio internacional y la política de atraer capitales externos practicadas por los Estados de la zona no sólo obliga a realizar modificaciones legales y de desregulación administrativa desde la perspectiva del Derecho público, sino también a la adaptación de las normas reguladoras de las transacciones privadas las contenidas en los grandes cuerpos legales como el Código civil o el Código de comercio, allí donde existan y, sobre todo, a dar respuestas a nuevas necesidades que surgen en relación con la existencia y explotación de la propiedad intelectual o con la protección de la competencia en mercados progresivamente internacionalizados, donde hay que definir qué ley va a determinar la existencia y protección de un derecho o qué ley va a establecer las reglas del juego dentro de las cuáles los nuevos operadores económicos pueden implementar sus decisiones sin alterar el normal juego de la libre competencia o sin dañar de forma desleal a sus competidores reales o potenciales.

**24.** La actividad inversora es susceptible de desbordar los marcos establecidos por las legislaciones internas de los Estados a través de la deslocalización de su inversión en un país diferente. La dimensión de esta operación refleja un rasgo característico de la producción internacional, pues con ella se busca aumentar los beneficios para los inversores; por ello se dirigen a lugares donde las regulaciones sobre emisiones de residuos, derechos laborales, impuestos y salarios son más bajos y, por lo tanto, se obtiene un mayor margen de beneficio. Todo esto implica dejar en manos del Estado receptor de la inversión un estudio no exento de dificul-

tades donde junto a criterios políticos y económicos están los estrictamente jurídicos: impacto de la inversión sobre el medio ambiente, ámbito de protección de la propiedad industrial, repercusión en la legislación laboral, entre otros. La existencia de un entorno favorable a la inversión obliga, además, a precisar el alcance del orden público económico, los principios irrenunciables por los Estados de la zona, la prevención y la lucha contra la corrupción, la reforma a del régimen fiscal y, en todo caso, la reducción de los obstáculos burocráticos y comerciales<sup>47</sup>. Los legisladores caribeños deben ser muy conscientes de la necesidad de crear las condiciones adecuadas para que el sector privado asuma el papel de motor de la inversión y la captación de capital extranjero es un elemento clave de esta estrategia. Para ello se requiere un marco legal que ofrezca incentivos y garantías al inversor extranjero y respalde la posible repatriación de la inversión y de sus productos. Además, se precisa seguridad jurídica no solamente en los concretos aspectos inversores, sino también en los citados índices directamente vinculados a la producción, al destino de las inversiones y, sobre todo, en las vías de resolución de controversias en manos de todas las partes implicadas: resolución ante los tribunales de justicia, pero también ante árbitros con un alto grado de especialización en los temas.

Una orientación como la descrita no es incompatible con que el Estado se reserve una serie de acciones con el objeto de evitar los eventuales efectos desestabilizadores provocados por la retirada masiva y simultánea de capitales especulativos, requiriendo que las inversiones de cartera en el mercado de capitales permanezcan depositadas por un plazo mínimo. En este contexto se han dado pasos importantes tanto en el ámbito de la reglamentación de la inversión extranjera, y la política paralela de suscripción de Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, como en el de las reformas del marco jurídico regulador para los sectores de infraestructura<sup>48</sup>.

En todo caso, es de señalar que también se ha asistido a una cierta modernización de la legislación sobre negocios internacionales sobre todo en lo que concierne al arbitraje comercial<sup>49</sup>. Precisamente la existencia de numerosas regulaciones sobre

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> A. Calderón Hoffmann, "Foreign Direct Investment in Latin American and the Caribbean; an Assessment at the Start of the New Millenium", *Foreign Direct Investment in Latin American: The Role of European Investors*, Washington D.C., Inter-American Development Bank, 2001, pp. 17-41;J.P. Tuman&C.F. Emmert, "The Political Economy of U.S. Foreign Direct Investmentin Latin America: A Reappraisal", *Latin American Research Rev.*, vol. 39, n° 3, 2004, pp. 9-28;J.D. Daniels, J.A. Krug y L. Trevino, "Foreign Direct Investment from LatinAmerica and the Caribbean", *Transnational Corporations*, vol. 16, n° 1, 2007, pp. 27-54.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup>R. Dolzer yM. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, London, M. Nihjoff Publishers, 1995; G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours*, t. 269, 1997, pp. 251-460; J.C. Fernández Rozas, "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, pp. 13-37.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008; A.M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", *J. Int'l Arb.*, vol. 1, n° 4, 1984, p. 293-321; H.A. Grigera Naón, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility", *Arb. Int'l*, vol. 5, n° 2, 1989, pp. 146-148; R. Layton, "Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America, *J. Int'l Arb.*, vol. 10, 1993, pp. 123 *et seq.*; D.E. González, G.F. Hritz, M. Rios y R.C. Lorenzo, "International Arbitration: Practical Considerations with a Latin American Focus", *The Journal of Structured and Project Finance*, Spring, 2003, pp. 33-43; R. Santos Belandro, "Brisas favorables de orientación

esta última materia orientadas, básicamente, en la línea trazada por la Ley Modelo Uncitral de 1985, modificada en 2006, justifica plenamente la exclusión del arbitraje comercial internacional del ámbito de la presente Ley Modelo, pese a que por su
propio contenido material tendría perfecto encaje en esta iniciativa legislativa. Como regla general las legislaciones de DIPr no prestan atención al arbitraje si se exceptúa el caso de Suiza, en función de su compleja estructura federal que obligó,
mucho antes de que el arbitraje interno se regularse en el Código Procesal Civil a
que la Ley de DIPr de 1987 se ocupase expresamente de esta cuestión. Incluso la
legislación venezolana de DIPr, con su marcada tendencia expansiva, excluyó el
arbitraje de su ámbito de aplicación siguiendo el modelo prácticamente indiscutido,
sobre todo en América latina, de una ley especial de arbitraje. Y otro ejemplo de
los inconvenientes de insertar esta materia lo ofrece el Código DIPr panameño de
2014 al que nos referiremos más adelante.

No ocurre así con la regulación de los supuestos en los que los tribunales situados en los Estados de la OHADAC van a tener competencia judicial internacional para el legítimo ejercicio de la jurisdicción. La Ley Modelo, en este caso, se ocupa pormenorizadamente de dicha regulación.

### B) Contribución del Derecho internacional privado

25. Como ya se ha ido adelantando en el análisis de cada factor estudiado, una respuesta global requiere poner a disposición de cada Estado, de sus operadores jurídicos y de todo individuo o persona jurídica singularmente considerada, un bloque normativo integrado por normas modernas y sencillas adaptadas a las exigencias de los nuevos tiempos y a los modelos generados por la globalización en general y los movimientos regionales de integración en particular. En este bloque normativo, junto a medidas de corte predominantemente público o de relación vertical entre Estado y operador jurídico privado, se hacen precisas reglas concretas que den respuestas claras y previsibles a las peculiaridades de la internacionalidad de las relaciones entre particulares; normas de DIPr que contemplen los aspectos relativos a la competencia judicial internacional de los tribunales caribeños en los litigios con empresarios extranjeros, o entre empresarios extranjeros, o simplemente entre particulares -con independencia de su nacionalidad- en relación con materias teñidas de la suficiente dosis de internacionalidad; que contemplen los aspectos propios de la determinación del Derecho aplicable a las transacciones transnacionales, pero también a las cuestiones que la mera extranjería de la situación aconseje que no necesariamente estén sujetas a la ley local, como si se tratase de una relación puramente doméstica; y, por último, que contemplen las cuestiones relativas a la eficacia de las sentencias extranjeras en estos países y territorios. Sólo este modo cada país podrán de la zona avanzar en el puesto atribuido por la Corporación Financiera Internacional en el informe Doing Business 2014.

-

estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editora Jurídica Chile, 2006, pp. 553-565.

Al abordar esta tarea y como regla general los legisladores nacionales tienen un amplio margen de discrecionalidad. En estas materias los límites impuestos por las normas del Derecho internacional general son muy reducidos, frente a lo que acontece con la reglamentación del Derecho de la nacionalidad y de la condición jurídica de los extranjeros. Dichos límites derivan, como es lógico, de la normativa internacional sobre los derechos y libertades inherentes a la persona humana y se concretan, de un lado, en el respeto a los principios de legalidad, de seguridad jurídica y, muy especialmente de igualdad, prohibiendo cualquier discriminación jurídica por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, entre otros<sup>50</sup>; y, de otro lado, en el respeto del derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo que garantiza la tutela efectiva de sus derechos por los tribunales y se concreta en la igualdad procesal del extranjero (acceso a la justicia) cuando litiga ante una jurisdicción nacional. Por su parte, el Derecho internacional público contempla también alguna limitación al legislador interno a la hora de establecer las normas que determinan la competencia de sus tribunales para conocer litigios con elementos extranjeros, siendo la manifestación más expresiva el principio de inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero y de sus órganos y agentes.

Fuera de esos límites, la discrecionalidad es la regla y sólo debe ser templada por consideraciones humanitarias, de reciprocidad y, sobre todo, por razones de cortesía internacional derivadas de la exigencia de una cooperación efectiva entre las naciones para la realización internacional de la justicia

**26.** El DIPr es desde hace tiempo un instrumento esencial en la regulación de las relaciones personales y patrimoniales interestatales, facilitando el movimiento de personas y el intercambio de bienes y servicios, fomentando la integración y también combatiendo las actividades transfronterizas ilícitas. Entendido en sentido amplio, designa el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones internacionales entre personas privadas. No obstante, debe precisarse en aras a la comprensión del contenido de la Ley Modelo que se presenta, que la expresión "Derecho internacional privado" no posee el mismo significado en todos los Estados. En alguno de ellos contempla solamente las normas de conflicto de leyes (determinación de la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales), mientras que en otros sistemas jurídicos incluye también las normas relativas a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Estas normas relativas a la ley aplicable, a la competencia judicial internacional, al reconocimiento y a la ejecución de sentencias extranjeras permiten solucionar las dificultades vinculadas al hecho de que un mismo asunto esté vinculado a varios sistemas jurídicos y judiciales distintos y muestran unas correlaciones precisas que abogan por considerar DIPr al conjunto de todas ellas.

Las normas de DIPr tienen como origen la ley, la jurisprudencia y la doctrina de cada Estado. A pesar de su nombre, el DIPr es, en principio, un Derecho puramente

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> R. Badinter, "L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste", *Revue universelle des droits de l'homme*,1989, pp. 1 *et seq.*; M. Bedjaoui, "La difficile avancée des droits de l'homme vers l'universalité", *ibíd.*, pp. p. 5 *et seq.*; J.A. Carrillo Salcedo, "El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso", *Derechosculturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, pp. 39–53.

nacional. Algunas de estas normas nacionales pueden uniformizarse en convenios internacionales o en instrumentos elaborados en el seno de Organizaciones internacionales, a escala mundial, *v.gr.*, la Conferencia de La Haya de DIPr o, en el ámbito panamericano, la Conferencia Especializada de DIPr.

La existencia del DIPr se justifica por la pluralidad de sistemas jurídicos y de organizaciones jurisdiccionales que coexisten en un contexto internacional de relación y, precisamente, una de sus funciones principales reside en establecer un conjunto de respuestas jurídicas a este pluralismo<sup>51</sup>. Si tal pluralismo no existiese, por la presencia de una unificación del Derecho de los distintos Estados, no tendría sentido que el legislador se ocupase de resolver estas cuestiones promoviendo un sistema normativo de DIPr. Pero tampoco tendría justificación este último ordenamiento si las relaciones jurídicas quedasen circunscritas a un sistema jurídico determinado, sin ninguna conexión con el exterior. Un país que no tiene comercio exterior, que no recibe inmigrantes u otros extranjeros que pretenden realizar estancias de corta duración, que no cuenta con una población emigrante en el extranjero, que no posee un volumen significativo de inversión extranjera, no tiene especiales problemas derivados del tráfico privado externo y, en consecuencia, tampoco precisa de un conjunto normativo que ofrezca respuesta a estos problemas. Esta situación ha acontecido en muchos Estados, no sólo de América latina y del Caribe sino de otras latitudes. Sin embargo el aislamiento y la autarquía han quedado desbordados de forma indefectible por la actual internacionalización generalizada de las relaciones jurídico-privada. Hoy es prácticamente imposible encontrar un Estado en el que la internacionalización no haya aterrizado en las relaciones privadas. Este dato, sin embargo, no ha supuesto una identidad de respuestas por parte de los legisladores, sino todo lo contrario: el Derecho comparado nos alerta de una cierta diversidad de modelos de reglamentación: desde el silencio prácticamente absoluto de algunos legisladores, hasta la existencia de una detallada y completa regulación en Estados que asumen la responsabilidad de dar respuestas especializadas a las demandas sociales y económicas en un ámbito internacional.

27. De lo dicho hasta ahora se infiere que en el escenario latinoamericano existe una fuerte tendencia a constituir espacios económicos integrados, lo cual comporta importantes consecuencias no solo para el desarrollo económico y la elevación de los niveles de renta de las áreas implicadas, sino para las relaciones del tráfico privado externo<sup>52</sup>. Si atendemos a las dos experiencias más notables, este fenómeno es perceptible en el TLCAN, sobre todo en el ámbito de las operaciones de comercio "intra–comunitario", y en el del Mercosur, concretamente en los sectores de cooperación jurisdiccional internacional, de las medidas cautelares y del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (a través del Protocolos de Las Leñas, de Ouro Preto y de Buenos Aires)<sup>53</sup>. Sin embargo, con toda la im-

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> E. Ralser, "Pluralisme juridique et droit international privé", *Revue de la recherche juridique*. *Droit prospectif*, 2003 pp. 2547 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> J.C. Fernández Rozas, "Los modelos de integración en América latina...", *loc. cit.*, pp. 151-192

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup>A. Dreyzin de Klor: *El Mercosur (Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado)*, Buenos Aires, Zavalia, 1997; D.P. Fernández-Arroyo, "La nueva configuración del DIPr

portancia que ya tiene y que previsiblemente se acrecentará en el futuro, las relaciones entre integración económica y DIPr están nítidamente muy alejadas de las que poseen en otras realidades de integración avanzada, como pueda ser la Unión Europea.

Las razones de esta situación no son comprensibles y pueden resumirse en tres motivos principales. En primer término, lo reducido de los mecanismos institucionales que existen en América frente al complejo y consolidado aparato que rige los designios de la Unión Europea, con una larga tradición normativa, con técnicas propias que, en los últimos años, han girado hacia la utilización de la más eficaz en términos de unificación jurídica: los Reglamentos. En segundo lugar, porque al contrario de lo que acontece con los procesos de integración desarrollados en América, en Europa desde la entrada en vigor del Acta Única se estableció un "mercado interior" inspirado en postulados radicalmente diversos, superando el concepto de tratado de libre cambio y destinado a convertirse en un mercado integrado con un fuerte desarrollo de aproximación de las legislaciones nacionales<sup>54</sup>. Por último, como consecuencia de una voluntad política decidida que determinó un vertiginoso desarrollo del DIPr de la Unión Europea a través del denominado "Tercer Pilar" 55 y una posterior comunitarización de las materias constitutivas de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta dicotomía entre las dos partes del Atlántico no solo se percibe en términos teóricos y descriptivos, sino que alumbra con nitidez en el propio seno de la Conferencia de La Haya de DIPr donde el enfrentamiento de los "bloques" fue manifiesto, señaladamente de la UE y del TLCAN, en la elaboración de un eventual Convenio universal sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras.

Junto a estas diferencias, ancladas en razones históricas y en el distinto nivel de integración en el que se encuentran ambas realidades, existen problemas comunes como, por ejemplo, que la armonización de los sistemas de DIPr supone en el caso del TLCAN o de las entidades de integración caribeñas una conciliación de sistemas de Derecho escrito y de *common law*, algo común en la Unión Europea, que ya fue origen en su día de problemas técnicos de enorme envergadura y que hoy en día, por ejemplo, hace que determinados Estados miembros (Reino Unido o Irlanda) tengan un cierto estatuto especial en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que su cultura y tradición jurídicas –amén de otros factores—son un elemento esencial.

del Mercosur: ocho respuestas contra la incertidumbre", Revista de Derecho del Mercosur, vol. 3, 1999, pp. 38-53.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup>La originalidad de la experiencia comunitaria y su incidencia en el marco del DIPr se describe con precisión en el curso de M. Fallon, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne", *Recueil des Cours*, t. 253, 1995, pp. 25 *et seq* y en el de A. Struycken, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 257 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup>Vid. J.C. Fernández Rozas, "Nuevas perspectivas de la cooperación en el ámbito de la justicia en la Unión Europea", "Los dos pilares de la Unión Europea, Madrid, Colección Veintiuno, 1997, pp. 239-267.

#### II. Diversidad y heterogeneidad jurídica en la OHADAC

# 1. Estados y territorios en presencia<sup>56</sup>

28. En contraste con la tradición esencialmente común de los Estados constituyentes de OHADA, el proyecto OHADAC afronta desde el principio la diversidad y heterogeneidad de los países del entorno del Caribe. Si analizamos los países insulares o archipelágicos, hallamos territorios aún sometidos o dependientes de la soberanía de Estados europeos. Así ocurre con los departamentos franceses de ultramar (Guadalupe, Martinica, las colectividades de San Martín y San Bartolomé). Asimismo se observa -con el nuevo estatus político desde el 10 de octubre de 2010– en las islas que pertenecían a las Antillas holandesas: Bonaire, Sint Eustatius y Saba (constituyentes del Reino de los Países Bajos), y también, pero como territorios autónomos de los Países Bajos, en Curação, Aruba y Sint Maarten. Territorios de ultramar dependientes del Reino Unido son Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes británicas y Montserrat, a los que cabría añadir Bermudas, a pesar de su situación geográfica. Puerto Rico es un Estado libre asociado, territorio no incorporado de los EE. UU., al igual que las Islas Vírgenes estadounidenses. Como países o territorios independientes, hallamos Estados importantes de tradición española, como Cuba, o francesa, como Haití, y otros como la República Dominica, en que a pesar del predominio de la lengua española la tradición jurídica debe mucho al Derecho francés. Bajo la órbita del common law se sitúan otros territorios insulares independientes, en buena parte vinculados a la Organisation of Eastern Caribbean States (OECS), o tributarios de la tradición anglosajona aunque no formen parte de dicha organización, pero sí de la Commonwealth (Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad-Tobago). En suma, hallamos en el entorno OHADAC al menos 18 Estados insulares soberanos que comprenden 31 territorios diferentes con lenguas y tradiciones jurídicas correspondientes a cuatro metrópolis: España, Francia, Reino Unido y Países Bajos. Su población supera los cuarenta millones de habitantes, la mitad de los cuales hablan español, una cuarta parte francés, casi el mismo número inglés y una minoría (en torno a un 1%) holandés.

El esquema se reproduce en el caso de los territorios continentales ribereños del Caribe, si bien en este caso hablamos de Estados independientes, en su mayor parte, tanto desde el punto de vista geográfico como poblacional, de habla y tradición hispana: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela. Algunos de ellos, como Panamá, han sido permeables, especialmente en el ámbito mercantil, a la influencia jurídica angloamericana. La tradición francesa está representada por un departamento de ultramar francés, la Guayana francesa. Surinam, Estado independiente, testimonia la herencia holandesa. Finalmente, la influencia inglesa se detecta en Guyana y en Belice, ambos Estados independientes parte de la *Commonwealth*. En suma, 11 nuevos Estados independientes (12 territorios). Resulta difícil calcular la población ribereña del Caribe de los Estados conti-

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Este apartado reproduce las consideraciones de S. Sánchez Lorenzo, *Introducción al Derecho de los contratos internacionales*, Santo Domingo, Funglode, 2013, pp. 36 et seq.

nentales, cuya población global alcanza cifras muy elevadas, superiores a los doscientos millones de habitantes, en su inmensa mayoría de habla hispana.

- 29. Este breve y superficial repaso geográfico nos confirma la pluralidad política y cultural del territorio OHADAC, compuesto por 29 Estados independientes que abarcan 43 territorios diferentes. En términos políticos, OHADAC envuelve a la sexta parte de los Estados que componen la Comunidad Internacional, y en torno a 260 millones de habitantes. La herencia cultural e idiomática de estos países es diversa, como también lo es el grado de proximidad a las antiguas metrópolis. Mientras los Estados de habla hispana cuentan con una larga tradición de independencia, que se remonta al siglo XIX en todos los casos, muchos territorios de tradición francesa, inglesa u holandesa aún son parte de los Estados metropolitanos o han accedido a la independencia en la segunda mitad del siglo XX. Semejante diversidad de estructuras políticas condiciona una estrategia para la armonización jurídica. No se trata, como en el caso de la OHADA, de países independientes con una tradición más o menos autónoma en torno a la influencia francesa. Baste pensar en los problemas que suscitaría la posibilidad de reeditar un tratado internacional del alcance del Tratado OHADA. La OHADA se habría podido constituir simplemente con el apoyo técnico y financiero de Francia. El proyecto OHADAC, sin embargo, precisará de la contribución decidida de otros países, como los Países Bajos, Estados Unidos y, sobre todo, España y el Reino Unido.
- **30.** El desafío exige partir, asimismo, del reconocimiento de la diversidad cultural de la región caribeña, hecho que ha implicado a menudo que sus territorios vivan muy próximos geográficamente y de espaldas unos a otros, perjudicando sus intereses estratégicos comunes. Como hemos apuntado, los Estados insulares y archipelágicos muestran una gran variedad lingüística: español, francés, inglés y holandés, sin contar las lenguas indígenas que son relevantes especialmente en el continente o las lenguas mestizas (créole, especialmente). El español domina claramente en el territorio continental, e incluso en países como Belice, donde la única lengua oficial es el inglés, el español es de uso común. Pero también hallamos la presencia del holandés (Surinam) y del francés (Guayana francesa). Tal diversidad lingüística, que no es necesariamente cultural, anuncia sin embargo variaciones importantes en el ámbito jurídico, no siempre evidentes.
- 2. Panorama del Derecho internacional privado y su proyección en el área OHA-DAC
  - A) Balance de la unificación e implementación de las soluciones nacionales
- **31.** Junto al hecho de su efectiva aplicación en numerosos territorios de la OHADAC, cualquier estudio comparativo moderno acerca las normativas de DIPr y los sistemas de integración debe ir precedido por los resultados alcanzados en el proceso de unificación gestado en el marco de la Unión Europea. El actual desarrollo del DIPr comunitario vino propiciado por la introducción del Título IV en la versión del TCE derivada del Tratado de Ámsterdam. La competencia comunitaria

en materia de cooperación judicial en materia civil implicó la integración del viejo tercer pilar en este nuevo Título. Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 65 TCE (actualmente art. 81 TFUE), se procedió a "comunitarizar" algunos de los convenios o proyectos de convenios existentes en cuestiones de DIPr y a promulgar actos comunitarios en otras materias<sup>57</sup>: Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que a partir del 10 de enero de 2015 se sustituye por el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012; Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, modificado por el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil; Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo; Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales; Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Ro-

<sup>57</sup>A. Borrás, "La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro", Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastez 2001, pp. 285-318; M. Desantes y J. L. Iglesias Buhigues, "Hacia un sistema de Derecho Internacional privado de la Unión Europea", AEDIPr, t. IX, 2009, pp. 115-128; P.A. de Miguel Asensio, "Integración europea y Derecho internacional privado", Revista de Derecho comunitario europeo, vol. 1997-1, pp. 413-445; id., "El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado", La Ley (Unión Europea), nº 4510, de 30 de marzo de 1998, pp. 1-3; S. Leible y A. Staudinger, "El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?", AEDIPr, t. I, 2001, pp. 89-115; SA. Sánchez Lorenzo, "La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz", Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea (Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 133-145.

ma I); Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Dicha competencia no sólo afecta a los sectores típicos del Derecho procesal civil internacional, sino que se extiende al ámbito del Derecho aplicable, como se deduce del art. 81.2°.c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se trata con todo ello de garantizar una mayor seguridad jurídica, así como la igualdad de acceso a la justicia, lo que implica la identificación sencilla de la jurisdicción competente y de la legislación aplicable, así como de los juicios y procedimientos más rápidos.

- **32.** A partir de este bloque normativo interesa, a los efectos de su utilidad para la redacción de una reglamentación interna de DIPr, lo siguiente:
- i) Pese a tener un origen eminentemente patrimonial, por haberse iniciado como un instrumento de impulso al establecimiento de un Mercado Común, en la actualidad tras la consolidación de la Unión Europea y, dentro de esta, del denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la unificación ha desbordado ampliamente esta materia extendiéndose a sectores de contenido no patrimonial, como protección de menores, matrimonio, divorcio o sucesiones, sin que esta tendencia expansiva se haya detenido. Todas estas materias son reguladas desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, de la ley aplicable y del reconocimiento y ejecución de decisiones y en alguna de ellas, el componente de colaboración y cooperación entre autoridades es crucial para la consecución de los objetivos marcados.
- ii) Al no haberse completado el proceso de unificación, en los Estados Miembros coexisten dos sistemas de DIPr: el gestado en la Unión, que ocupa el volumen esencial de la regulación, y el propio de cada Estado que afecta a las materias no unificadas. Es en este sector residual, en el que los Estados miembros conservan sus competencias, donde en los últimos tiempos puede estar plenamente justificada una ordenación genuinamente nacional de DIPr.
  - B) Modelos de codificación estatal de DIPr
- **33.** Bien sea por no haberse alcanzado la plenitud de la unificación del DIPr, bien por cuestiones de tradición o de necesidad de cada Estado, lo cierto es que en los últimos años los legisladores estatales no han dejado de seguir implementando su propio DIPr. El último período de cincuenta años ha sido uno de los más productivos de la historia del DIPr, por haber dado lugar a 61 codificaciones estatales

y más de un centenar de convenciones internacionales, reglamentos y otros instrumentos similares, que se caracterizan por conferir un mayor protagonismo a los jueces respecto a los instrumentos anteriores<sup>58</sup>.

Un examen de los modelos en presencia de la codificación estatal del DIPr obliga a referirse, en primer término, a los sistemas basados en una Ley especial, que se han desarrollado preferentemente en Europa aunque, como se pondrá de manifiesto<sup>59</sup>, han tenido una favorable acogida en Venezuela y más recientemente en Panamá. Esta alternativa codificadora registra el hecho de que las normas relativas a los "conflictos de leyes" desaparecen paulatinamente de los Códigos civiles para irse a integrar en Leyes especiales; esta tendencia, iniciada en el círculo de los antiguos países socialistas<sup>60</sup> va a extenderse y a generalizarse a otros círculos jurídicos y a figurar en los proyectos de codificación en curso. Al lado de las experiencias en Louisiana<sup>61</sup> y Quebec<sup>62</sup>, dentro de Europa occidental destaca, en efecto, una marcada tendencia a la especialización en orden a la reglamentación del tráfico jurídico externo con independencia de la sede elegida para llevarla a cabo como demostró la Ley austriaca de 15 de junio de 1978<sup>63</sup>, la Ley turca sobre DIPr y el procedimiento internacional de 20 de mayo de 1982<sup>64</sup> y, sobre todo, los paradigmas de la moderna codificación provenientes, de Suiza, Bélgica, Italia y Polonia.

i) La Ley federal suiza sobre DIPr de 18 de diciembre de 1987 constituye un auténtico Código de DIPr que cuenta con 200 artículos y que, tras un largo y laborioso proceso de elaboración puede considerarse sin lugar a dudas como un texto técnicamente perfectamente adaptado a las necesidades del tráfico jurídico externo de

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> S.C. Symeonides, "Codification and Flexibility in Private International Law", *Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rrapports, Généraux du XVIIIeme Congrès de l'Academie Internationale de Droit Comparé*(K.B. Brown and D.V. Snyder, eds.), Springer Science+Business Media, 2011, pp.167-190.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> E. Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, LGDJ, 1987.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup>L.A. Lunz, "L'objet et les principes fundamentaux du droit international privéen URSS et dans les autres pays socialistes européens", *Journ dr. int.*, t. 100, 1973, pp. 97–115; F. Korkisch, "Neues internationales privatrecht in ostmitteleuropa", *Rabels Z.*, 1968, pp. 601–650; T. Ballarino, "Osservazioni sulla codificazione del diritto internazionale privato nell'Europa centro-orientale", *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 3-24; P. Kalensky, "Le droit international privé comparé des Etats socialistes dans leur coopération économique", *Recueil des Cours*, t. 208 (1988-I), pp. 169-281.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup>Rev. crit. dr. int. pr., 1992, pp.394–400. Vid. S.C. Symeonides, "Les grans problémes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane", *ibíd.*, pp. 223–281; D.P. Fernández Arroyo, "Nuevas normas de Derecho internacional privado en el Código civil de Louisiana", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 615–620.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> El Código civil de Quebec en vigor desde el 1 de enero de 1994 incluye en el libro X un completo sistema de DIPr que incluye al lado de las cuestiones de Derecho aplicable las relativas a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de cesiones. Utiliza la ley del domicilio ciomo conexión dominate y abarca materias de carácter comercial. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 574–584 y nota de E. Groffier.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup>La norma de base en este contexto es la Ley de 15 de junio de 1978 sobre el Derecho internacional privado (IPRG, publicada en el Diario Oficial austriaco, BGBl. nº 304/1978). Comprende 54 artículos referidos al Derecho aplicable pero excluye las cuestiones de carácter procesal *Vid.* E. Palmer. "The Austrian Codification on Conflicts of Law", *Am. J. Comp. L.*, vol. 28, 1080, pp. 197 *et seq.* 

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Incuye 48 artículos agrupados en tres capítulos referidos a: cuestiones generales, Derecho aplicable y Derecho procesal civil internacional.

un país determinado. Son muchas las novedades que ofrece, desde su propia estructura, de contenido amplio y no sólo centrado en el sector del Derecho aplicable, y las soluciones que incorpora, hasta las instituciones que introduce, cuya confluencia entre las doctrinas norteamericanas y las europeas<sup>65</sup> ilustrarán a la codificación posterior del DIPr en otros muchos sistemas estatales.

ii) A su lado la Ley belga de 16 julio 2004 introdujo otro completo Código de DIPr que implicó una reforma profunda de las normas de origen legal, jurisprudencial y doctrinal regulando a través de sus 140 artículos, cuando se esté en presencia de una "situación internacional", la competencia jurisdiccional de los tribunales belgas, el Derecho aplicable y la eficacia de actos y de sentencias extranjeras en materia civil y comercial<sup>66</sup>. Dicho Código se caracteriza por su respuesta práctica a las referidas cuestiones huyendo de innecesarios planteamientos académicos a través de normas pragmáticas y de carácter flexible. En un afán modernizador el Código ha supuesto una importante cambio en la regulación tradicional del DIPr reconociendo la importancia que ha ganado gradualmente el principio de proximidad<sup>67</sup> y que en los asuntos vinculados al estatuto personal el punto de conexión principal debe ser la residencia habitual a expensas de la nacionalidad<sup>68</sup>. Por último presta atención situaciones que ha producido la evolución de la sociedad (el matrimonio entre personas del mismo sexo y uniones no matrimoniales) y evidencia un espíritu de internacionalidad al admitir el reconocimiento automático de las sentencias extranjeras<sup>69</sup>.

iii) Las relaciones de DIPr en Italia se rigen por la ley nº 218, de 31 de mayo de 1995, que sustituyó los arts. 16 a 31 de las disposiciones sobre la ley en general

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup>Un ejemplo concreto lo ofrece la redacción de su art. 15 que incluye la denominada cláusula de excepción. De conformidad con su párrafo 1º: "Le droit désigné par la présente loi n'est exception-nellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit". Vid. A. Bucher, "La clause d'exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP", La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Actes de la 21e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne, Genève, 2009, pp. 59-74..

<sup>66</sup> Sobre los trabajos preparatorios del Código *vid*. M. Verwilghen, "Vers un Code belge de droit international privé", *Travaux. Com. fr. dr. int. pr.*, Paris, 2001, pp. 123 *et seq*; J. Erauw, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het onderwerp van Wetboek I.P.R.", *Rechtskundig weekblad*, vol. 65., 2001-2002, pp. 1557-1566; G. Stuer y C. Tubeuf, "La codification en droit international privé", *Rev. dr. U.L.B.*, 2003-2, pp. 143 *et seq*. Acerca del significado de esta importante iniciativa legislativa *vid.*, por todos, M. Fallon, "La loi belge de droit international privé belge pour un centenaire", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (2004-2006), pp. 98-118; *vid.*, asimismo, J.Y. Carlier, "Le Code belge de droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 11-45; N. Watté y C. Barbé, "Le nouveau droit international privé belge: étude critique des fondaments des règles de conflits de lois", *Journ. dr. int.*, vol. 133, 2006, pp. 851-927.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup>V.gr. art.19 Código DIPr belga; L. Barnich, "La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé", *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 59-72.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> M. Verwilghen, "La place de la nationalité dans le Code de droit international belge", *Hommage à Francis Delpérée: itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1687-1701

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup>H. Fulchiron, "Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du 'mariage pour tous'", *Journ. dr. int.*,2013, pp. 1055-1113.

previstas en el Código civil. Ley DIP italiana (Ley No. 218 del 31 de mayo de 1995) incluye cinco Títulos y que reparten 74 artículos. El Título I ("Disposiciones generales") determina, de un lado, las materias reguladas por la Ley, siguiendo el esquema tripartito admitido en la actualidad: determinación del ámbito de la jurisdicción, la determinación del Derecho aplicable y la regulación de la eficacia de las sentencias y de los actos extranjeros, y, de otro lado, la preferencia de los tratados internacionales. El Título II ("Jurisdicción italiana") tras establecer el ámbito de la jurisdicción y sus límites se detiene en importantes cuestiones como la prórroga y derogatoria de la jurisdicción, las acciones reales relativas a los bienes inmuebles situados en el extranjero, la litispendencia de un proceso extranjero y la jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares, la declinatoria de jurisdicción concluyendo con la confirmación de la regla lex fori regit processum. El Título III ("Derecho aplicable) se inicia con un capítulo dedicado a los problemas generales de aplicación de la norma de conflicto contemplando expresamente el reenvío, la aplicación de la ley extranjera, la interpretación y aplicación de la ley extranjera, el orden público, las normas de aplicación necesaria, los ordenamientos jurídicos plurilegislativos para concluir con la respuestas a las cuestiones de la ley aplicable a los apátridas, refugiados y de los conflictos positivos de nacionalidad. A continuación se ofrecen soluciones para la capacidad y derechos de las personas físicas, conmoriencia, desaparición, ausencia y muerte presunta, capacidad de ejercicio de las personas físicas, derechos de la personalidad, sociedades y otras personas jurídicas; posteriormente se presta atención a las relaciones de familia siguiendo el esquema clásico a las instituciones involucradas combinando las soluciones relativas a la ley aplicable con las propias de la jurisdicción competente, finalizando este sector la ordenación del régimen sucesorio. El capítulo patrimonial se inicia con la consideración de los derechos reales con un tratamiento pormenorizado de cuestiones tales como los bienes en tránsito, los derechos sobre los bienes incorporales o la publicidad de los actos relativos a los derechos reales. Tras el estudio de las donaciones el capítulo de las obligaciones contractuales se inspira directamente en la Convención de Roma respecto de la que se realiza una "incorporación por referencia"; a continuación se dan respuestas a las cuestiones propias de las obligaciones extracontractuales. El Titulo IV ("Eficacia de sentencias y actos extranjeros") se inicia con la consideración de que las sentencias extranjeras son reconocidas en Italia sin que sea necesario recurrir a otro procedimiento cuando concurran una serie de circunstancias y tras regular la materia se centra en la ejecución de los actos públicos dictados en el extranjero y en la admisión de medios de prueba solicitados por el juez extranjero. La Ley concluye como es habitual con las disposiciones transitorias y finales.

iv) Entre los textos más modernos figura la Ley de DIPr polaca de 4 febrero 2011<sup>70</sup> que sustituye a la Ley de 12 noviembre 1965 que, a su vez, había reemplazado a la 2 agosto 1926 pues Polonia ha sido pionera de los sistemas de DIPr con vocación hacia una Ley especial. Sus rasgos más relevantes son: su carácter marcadamente civilista, aunque exista un inevitable tratamiento a cuestiones de Derecho

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup>http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New\_Polish\_PIL.pdf. T. Pajor, "Introducción a la nueva Ley polaca de Derecho Internacional Privado, de 4 de febrero de 2011 (seguida del texto de la ley traducido al inglés)", *REDI*, vol. LXIV, 2012, pp. 263 *et seq* 

mercantil; su limitación a la regulación de los problemas relativos a la determinación de la ley aplicable y, dentro de esta, el establecimiento de la ley nacional como conexión dominante (art. 2), aunque el art. 4 admite un amplio margen a la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho siempre que no perjudique intereses de terceros (art. 4); por último, destaca la técnica de la "incorporación por referencia" de textos procedentes de la Unión Europea, señaladamente en materia de obligaciones contractuales y extracontractuales. Como novedad el art. 67 incluye la aplicación de la ley del país con el cual la relación jurídica posea una relación más estrecha, en defecto de las remisiones establecidas por la Ley que se comenta o por las disposiciones de la Unión Europea a las que se remite.

**34.** A partir del cauce de la Ley especial el DIPr no sólo gana autonomía material, sino que se posibilita una reglamentación minuciosa de materias que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la elaboración jurisprudencial. Dicha técnica, sin embargo, no es exclusiva sino que se combina con otra que puede calificarse de "codificación parcial" y que ofrece tres manifestaciones principales. La primera, objeto de numerosas críticas, aprovechar las sucesivas reformas del Derecho material para introducir normas de DIPr<sup>71</sup>; la segunda, de una sistemática cuestionable, consiste en utilizar cualquier cauce de reforma, material o conflictual, para introducir normas de DIPr<sup>72</sup>; por último, una tercera vía se puede producir a través de una Ley de reforma de todas las normas de DIPr diseminadas en distintos cuerpos legales que, manteniéndose en su sede originaria se modifican de forma armoniosa; es la seguida por el legislador de la R.F. de Alemania en 1986.

Junto al modelo de "Ley especial", aún subsisten los sistemas que utilizan los Códigos civiles como texto de base para incluir un amplio sector de los preceptos

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup>V.gr., la seguida por el legislador francés a través de las reformas del Cc operadas por la Ley nº 72-3, de 3 de enero de 1972 sobre filiación o la Ley 75-617, de 11 de julio de 1975, relativa a la reforma del divorcio. Respecto de la primera vid.Rev. crit. dr. int. pr., 1972, pp. 154-155; R. Sabatier, "Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme?", Semaine Juridique, 1971, I, p. 2400; J. Foyer, "La reforme du droit de la filiation et le droit international privé", Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1969-71), Paris, Dalloz, 1972, pp. 107-125; H. Batiffol y P. Lagarde, "L'improvisation de nouvelles regles de conflit de lois en matière de filiation", Journ. dr. int., t. 99, 1972, pp. 765-796; M. Simon-Depitre y J. Foyer, Le nouveau droit international de la filiation, Paris, L. Techniques, 1973; A. Huet, "Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis de la loi du 3 janvier 1972", Les conflits de lois en matière de filiation, Paris, LGDJ, 1973, pp. 19-63; D. Alexandre, "Les conflits de lois en matière d'effets de la filiation", ibíd., pp. 65-94. Respecto de la segunda vid. Ph. Francescakis, "Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international", Rev. crit. dr. int. pr., 1975, pp. 553-594; A. Cornec, "Le nouveau divorce international (article 310 du Code civil)", Gazette du Palais, 1976, 2, pp. 612-614; J. Foyer, "Tournant et retour aux sources en droit international privé (l'article 310 nouveau du Code civil)", Semaine Juridique, 1976, I, pp. 2762 et seq; M. Simon-Depitre, "Le neuvel article 310 du Code civil", Journ. dr. int., t. 103, 1976, págs. 823-830; T.E. Carbonneau, "The New Article 310 of the French Civil Code for International Divorce Actions", Am. J. Comp. L., vol. 26, 1978, pp. 446-460.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup>*V.gr.*, utilizada por el legislador español a través de las sucesivas reformas del Cc, pues en unos casos ha introducido nuevas normas sobre el tráfico externo en un contexto de reforma del Derecho material (en concreto, la reforma del Cc realizada por la Ley 30/1981 prefirió añadir la norma de conflicto relativa a la separación y al divorcio, al lado de la reglamentación material de esta institución, en el Título IV del Libro I del Cc; por el contrario la Ley 21/1987, aprovechó el cauce de la reforma de las normas materiales sobre adopción para modificar las normas de conflicto del Tít. Prel.del Cc sobre filiación).

de DIPr, principalmente relativas al Derecho aplicable. Este ha sido el cauce codificador originario de las normas del DIPr, contándose con los tres modelos antes referidos: el del C.c. francés de 1804, el del Cc de Piamonte de 1865 y el de la EGBGB de 1896 y con una importante proyección en el sistema español del Título preliminar del Código civil de 1974. Ahora bien, sin duda el "modelo" de una técnica de este tipo es, como se ha señalado, el Cc portugués de 1966, que dedica Capítulo III del Título I de su Libro I (arts. 14 a 65) a reglamentar los "Dereitos dos estrangeiros e conflictos de leis", con una correcta sistemática y un pormenorizado tratamiento de los problemas concretos para la época en que fue redactado<sup>73</sup>. El ámbito donde se ha desarrollado el "modelo del Código civil" no es, sin embargo, privativo del continente europeo. Si nos trasladamos al conteniente americano y, en concreto, al círculo de países iberoamericanos se observa aún la inercia del pasado con el Código civil como sede principal de las normas del DIPr sobre todo en lo que concierne al sector del Derecho aplicable. La tendencia apuntada experimenta, empero, diversas inflexiones pues en algunos Códigos civiles se están produciendo reformas sustanciales en la línea de las modernas tendencias del DIPr, como evidencia la reforma del Código civil peruano realizada en 1984 (arts. 2046 et seq.), que reemplazó al denominado "Código Benavides" de 1936 y que dedicó su Libro X y último al Derecho internacional privado, eliminado así el estrecho margen que ofrecía el Título Preliminar<sup>74</sup>. Una tendencia que, como vimos, sería seguida en Quebec y en la actualidad se lleva a cabo en Argentina.

35. Dentro del examen de los "modelos" en presencia, de la codificación estatal del DIPr se impone excluir, por estar basadas en muy diversos postulados, señaladamente la adopción del common law, las técnicas de solución seguidas en los países anglosajones. No obstante, pese a la referida indicencia del common law, no puede dejarse de mencionar la labor realizada en los Estados Unidos por el American Law Institute que, a través de los dos Restatements de 1934 y de 1969, ha sistematizado y ordenado las principales decisiones judiciales en materia de DIPr Pese a su carácter eminentemente doctrinal los Restatements constituyen, en la práctica, unos auténticos Códigos de DIPr que han ejercido una notable influencia en los últimos tiempos no sólo en la codificación estatal en Europa, sino en la codificación internacional del DIPr Los textos expresados ofrecen un contenido sustancialmente diverso. De contenido muy clásico el primero (influido muy de cerca por la obra de J.H. Beale), se caracterizó por el empleo de soluciones de gran rigidez que fueron cuestionadas por la jurisprudencia norteamericana (asuntos Auten c. Auten, Babcock c. Jackson); ello forzó la elaboración del Restatement Second, cuyas soluciones, ejemplo de flexibilidad y realismo, constituyen una de las piezas maestras de nuestros días para la solución de los problemas del tráfico externo. El hecho de que tales soluciones hayan encontrado cabida en sistemas tan diferentes

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup>L. de Lima Pinheiro, "The Metholology and the General part of the Portuguese Private International Law. Codification: A Possible Source of Inspiration for the European Legislator?", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 14, 2012-2013, pp. 153-172.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup>ILM, vol. XXIV, 1985, pp. 1002–1014, y nota de A. Garro, *ibíd.*, pp. 997–1001; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, pp. 192 *et seq* y nota de J. Lisbonne; J. Samtleben, "Neues Internationales Privatrecht in Perú", *Rabels Z.*, 1985, pp. 486–521.

como los del continente europeo, muestran su marcada correspondencia con la realidad social de nuestro tiempo<sup>75</sup>.

Las consideraciones efectuadas nos sirven para valorar la especial situación de Puerto Rico. El DIPr de este territorio se encuentra principalmente en el Código civil y, de manera complementaria, en otras disposiciones. Los preceptos del Código civil se corresponden a la versión originaria del Código civil español de 1889 que son, a su vez, una vuxtaposición de la orientación estatutaria del Código civil francés de 1804 y conflictual del Código civil de Piamonte de 1865, en concreto, los art. 9, 10 y 11 incluidos en sus disposiciones preliminares<sup>76</sup> y dan respuesta a los denominados "estatuto personal", "estatuto real" y "estatuto formal". El Código civil vigente contiene, además, otras disposiciones de DIPr intercaladas entre disposiciones sustantivas, por ejemplo, la última oración del art. 68 (invalidez del matrimonio homosexual celebrado en el extranjero), el art. 127 (ley aplicable al régimen económico del matrimonio celebrado en país extranjero), el art. 97 (jurisdicción para el divorcio), el art. 666 (ley aplicable a la forma del testamento otorgado fuera de Puerto Rico), el art. 667 (prohibición del testamento mancomunado otorgado fuera de Puerto Rico) y el art. 638 (lugar de otorgamiento e idioma del testamento ológrafo).Las virtudes y los defectos de los arts. 9, 10 y 11 Cc vigente han sido los protagonistas del DIPr puertorriqueño y han marcado el desarrollo de esta materia. Estos breves artículos proceden del Código Civil español de 1889, el que, a su vez, se basa en el Cc francés de 1804, y sus antecedentes pueden identificarse en el Código civil italiano<sup>77</sup>. Sin embargo, en la revisión que se le hizo al Código Civil en 1902, los comisionados que se habían formado en el Derecho anglosajón decidieron "americanizar" estos artículos. De esta forma, derogaron el antiguo principio civilista de la unidad de la masa sucesoral y la reemplazaron con la regla americana lex rei sitae. Además, eliminaron un artículo que podía haber provisto la base para la solución de conflictos en materia de responsabilidad civil extracontractual. A pesar de estas incursiones del Derecho anglosajón, los restantes tres artículos del Código Civil de Puerto Rico no eran más deficientes que otras disposiciones similares de algunos códigos civiles de la familia legal francesa o latina. Estos artículos han desempeñado, por algún tiempo, la función que se esperaba de ellos, especialmente debido a la función correctora y suplementaria de la jurisprudencia puertorriqueña, la cual se discute más adelante.

En la actualidad, sin embargo, más de cien años después de la revisión de 1902, es evidente que los arts. 9, 10 y 11 Cc han agotado su utilidad social y se han con-

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup>Vid., inter alia, P. Wigny, "Le 'Restatement' americain du droit international privé", Rev. crit. dr. int. pr., 1936, pp. 67–85; M. Giuliano, "II diritto intenazionale privato e processuale nel Restatement of the Laws 2d.", Riv. dir. int. pr. proc, 1974, pp. 226–229; B. Hanotiau, Le droit international privé américain: du premier au second Restatement of the Law, Conflits os Laws, Paris, LGDJ, 1979; R.J. Weintraub,"The Restatement Third of Conflict of Laws: an Idea whose Time has not Come",Indiana L. J., vol.75, n° 2, 2000, pp. 679-686.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup>Vid. G. Velázquez, *Directivas fundamentales del Derecho internacional privado puertorrique-*  $\tilde{n}o$ , Rio Piedras, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1945.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup>L. Muñoz Morales, *Reseña histórica y anotaciones al Código Civil de Puerto Rico*, Río Piedras, Junta Editora UPR, 1947; G. Velázquez, *Directivas Fundamentales del Derecho Internacional Privado*, Río Piedras, Junta Editora UPR, 1945); S. Symeonides, "Revising Puerto Rico's Conflicts Law: A Preview", *Colum. J. Trans'l L.*, vol. 28, 1990. Pp. 13 *et seq*.

vertido en un impedimento para el progreso. La necesidad de superar este impedimento resulta imperioso y por ello no es casual que todas las jurisdicciones de orientación romano germánica que tenían disposiciones similares las hayan reemplazado con codificaciones modernas de DIPr, tarea importante que debió haberse hecho en Puerto Rico hace ya mucho tiempo. Como puede apreciarse, los artículos de DIPr del Código Civil vigente son escasos, breves, elípticos y anticuados, por lo que el Tribunal Supremo se ha visto forzado a llevar a cabo, de manera parcial, la tarea de modernizarlos y suplementarlos. La jurisprudencia puertorriqueña de DIPr se ha caracterizado por la presencia de dos dicotomías principales: entre "lo español" y "lo estadounidense" y entre "lo codificado" y "lo no codificado" 78. Por otro lado, en áreas no contempladas por las disposiciones de DIPr del Código Civil, la jurisprudencia estaba libre para moverse, gradualmente, del enfoque tradicional al enfoque moderno de esta materia, sin las limitaciones de normas legisladas anticuadas. Al igual que en los EE UU de América, el tránsito de un enfoque a otro comenzó en los años sesenta, se completó en los años setenta y ha estado limitado, principalmente, a conflictos de leyes en materia de contratos y de responsabilidad civil extracontractual. La otra dicotomía presente en la jurisprudencia puertorriqueña de DIPr tiene su origen en el hecho de que las normas legisladas en esta materia no cubren el espectro completo de los posibles problemas. Así, por ejemplo, estas normas no atienden los conflictos de leyes en materia de responsabilidad civil extracontractual ni, en su mayor parte, los conflictos en materia de contratos. Debido a esta dicotomía, la jurisprudencia puertorriqueña ha tenido que proceder en dos direcciones. En el área cubierta por las normas del Código Civil sobre DIPr, la jurisprudencia ha seguido bastante fielmente esas directrices, como era de esperarse en un ordenamiento de origen civilista, y a la misma vez ha tratado conscientemente de atemperar su rigidez.

**36.** Si seguimos contemplando esta parte del Atlántico, un balance valorativo del proceso de unificación internacional del DIPr en América latina registra, a su vez, una serie de datos de interés que no presentan un carácter estático, sino que son elementos fruto de un momento histórico muy concreto y, por tanto, susceptibles de variación en función de los procesos de globalización y regionalización característicos de la sociedad internacional de nuestros días. Con carácter general cabe apreciar que la unificación es un fenómeno expansivo: la experiencia de la unificación en este espacio<sup>79</sup>, sobre todo tras la ingente obra de instituciones como la Conferencia Especializada Iberoamericana de DIPr, es una buena prueba de ello<sup>80</sup>. Un

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> A. Fernos López-Capero, "Perspectiva actual del Derecho internacional privado puertorriqueño", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XXI-3, p. 589 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> J.E. Briceño Berrú, "Reflexiones sobre la codificación del DIPr en América latina", *Studi in memoria di M. Giuliano*, Pádua, Cedam, 1989, pp. 157-192; D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del DIPr en América latina*, Madrid, Eurolex, 1993; T. de Maekelt, "General Rules of Private International Law in the Americas. New Approach", *Recuel des Cours*, t. 177 (1982-IV), pp. 193-379; L. Péreznieto Castro, "La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine", *Recueil des Cours*, t. 190 (1985-I), pp. 271-400; H. Valladão, "Actualisation et spécialisation des normes du droit international privé des Etats Américains", *German Yearb. Int'l. L.*, 1978, pp. 335-36

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> J.E. Briceño Berrú, "Las convenciones interamericanas sobre DIPr de 1984", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1987, pp. 429-452; C. Delgado Barreto, "Las relaciones de los sistemas conflictuales en las

fenómeno que precisa una revitalización del empleo del método comparado que es una fase mucho más elaborada del conocimiento del Derecho extranjero con el que se suele confundir<sup>81</sup>. La profundización en las denominadas "unidades de comparación" y la selección de materias para unificar son elementos indispensables para que la obra unificadora fructifique sin sacrificar en aras de la uniformidad la idea de justicia<sup>82</sup>. Muchos grandes proyectos unificadores están condenados al fracaso por lo ambicioso de sus objetivos y por los intereses en presencia ante los intentos de implantación hegemónica de una determinada opción prepotente. Y es que no puede perderse de vista que existe una incompatibilidad sustancial entre el particularismo jurídico y la idea de codificación<sup>83</sup>. Que hay que alcanzar el justo punto de equilibrio o compromiso.

- **37.** En este contexto comparativo, existen en América latina distintos modelos de reglamentación de DIPr. Un primer grupo, se caracteriza por la dispersión del sistema de DIPr en distintos cuerpos legales
- i) Colombia carece de un sistema completo e integrado de DIPr. La regulación de los distintos sectores (competencia judicial internacional, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras), se encuentra en normas dispersas y poco adecuadas a la resolución los diversos problemas del tráfico jurídico externo. A ese carácter fragmentario e anacrónico del DIPr de fuente estatal se une la existencia de convenios bilaterales y multilaterales cuyos criterios de aplicación en la mayor parte de las ocasiones no aparecen claramente establecidos en el propio instrumento. De hecho, resulta casi excepcional la presencia, en esos instrumentos,

normas generales de Derecho internacional privado aprobadas por la CIDIP II de Montevideo de 1979", Estudios de Derecho internacional. Libro homenaje al profesor Santiago Benadava, vol. 2, Santiago de Chile, Librorecnia, 2008, pp. 377-405; D.P. Fernández Arroyo, "La CIDIP VI: ¿Cambio de paradigma en la codificación interamericana de Derecho internacional privado", Rev. mexicana DIPr, nº 13, 2003, pp. 114-172; W. Goldschmidt, "Normas generales de la CIDIP II: Hacia una teoría general del Derecho internacional interamericano", Anuario Jurídico Interamericano, 1979, pp. 141-155; T.B. de Maekelt, Conferencia especializada de DIPr (CIDIP I): análisis y significado de las Convenciones aprobadas en Panamá, 1975, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1979; id., Normas generales de DIPr en América, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1984; D. Opertti Badán, "La codificación del DIPr: análisis comparativo e la labor realizada por la Conferencia de DIPr de La Haya y por la CIDIP", España y la codificación internacional del Derecho internacional privado, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 259-283; G. Parra-Aranguren, "La primera conferencia especializada interamericana sobre DIPr, Panamá, 1975", Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1975, pp. 253-277; id., "Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin-America", Recueil des Cours, t. 164 (1979-III), pp. 57-170; id., "La tercera conferencia interamericana sobre DIPr (CIDIP III, La Paz 1984)", Revista de la Facultad de Derecho (Univ. Católica "Andrés Bello"), nºs 33 y 34, 1984-1985 (separata); J. Samtleben, "Die interamerikanische Spezialkonferenz für internationales Privatrecht", Rabels Z., 1980, pp. 257-320; id., "Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea", España y la codificación..., op. cit., pp. 293-302; A.M. Villela, "L'unification du droit international privé en Amérique latine", Rev. crit. dr. int. pr., 1984, pp. 235-262.

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> O. Pfersmann, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", *Rev. int. dr. comp.*, vol. 53, 2001, pp. 280-281.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> H. Batiffol, "Codificación y unificación en Derecho internacional privado", *Choix d'articles*, Paris, 1976, pp. 125-136.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup>Cf. R. Sacco, "Codificare: Modo superato de ligeferare?", Riv. dir. civ., 1983, p. 119.

de disposiciones sobre su ámbito espacial, por lo que su aplicabilidad resulta incierta, al menos en lo que respecta a los que regulan la competencia judicial internacional<sup>84</sup>y al Derecho aplicable<sup>85</sup>. Las normas de orden estatal que se hallan dispersas por todo el ordenamiento jurídico colombiano en especial en el Código Civil (Ley 57 y 153 de 1887), el Código General del Proceso – CGP (Ley 1564 de 2012), el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 3743 de 1950) el Código de Comercio (Decreto No. 410 de 1971) y algunas leyes ratificatorias de tratados y convenios internacionales sobre la materia.

ii) El sistema cubano de DIPr reposa esencialmente, pues la acción de los tratados en la materia es limitada, en una serie de preceptos dispersos en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977, a la que se añadió en 2006 el término "Económico" (LPCALE), y en el Cc de 1987 (Ley No. 59), que se estructuran del siguiente modo: a) competencia judicial internacional: arts. 2, 3, 4 y 372 y 739 LPCALE<sup>87</sup>; b) Derecho aplicable: arts. 11 a 21 y Disposiciones especiales del Cc y art. 244 LPCALE); y c) reconocimiento y ejecución de sentencias: arts. 483 a 485 LPCALE. Y a ellas deben de añadirse una serie de preceptos de extranjería procesal incluidos en la LPCALE: arts. 174, 230, 250, 290, 339 y 530<sup>88</sup>. Es, pues un modelo de regulación de carácter disperso similar al mantenido en España hasta finales de los años ochenta.

iii) El sistema vigente en México descansa en la interacción entre las normas contenidas en el Código civil y las de origen convencional tras una incorporación masiva de tratados internacionales a partir de la década de los noventa del pasado siglo. Las reformas producidas a partir de de 1988 en la legislación civil<sup>89</sup>, sentaron

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup>Sí establece un ámbito de aplicación espacial, por ejemplo, la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989; pero nada indican al respecto instrumentos como los Tratados de Montevideo de 1889. De la lectura de los asuntos publicados en *Los Tratados de Montevideo de 1889 y su interpretación judicial*, vol. I, parte 1ª, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1940, puede deducirse una aplicación *inter-partes*, esto es, requeriría que la cuestión litigiosa o el negocio o la relación jurídica esté vinculada al menos con dos Estados contratantes (de los asuntos recogidos en el tomo reseñado, todos presentan vínculos con Argentina y Uruguay).

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Instrumentos como la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, hecha en Montevideo en 1979 tampoco contienen una previsión expresa sobre su ámbito de aplicación espacial. También cabe pensar que se trata de instrumentos *inter-partes*, esto es, que se aplicarán únicamente en la medida en que la ley aplicable sea la ley de un Estado contratante. Sí prevén un ámbito de aplicación espacial, expresamente, otros convenios que contienen disposiciones en materia de Ley aplicable, como la Convención interamericana sobre adopción de La Paz de 1984 y la ya citada Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Denominada con posterioridad Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico al adicionarse lo relativo al Procedimiento Económico, en virtud de lo establecido en el Decreto Ley 241/2006.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Introducido por el Decreto Ley 241/2006.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Otras normas relevantes en materia de Derecho internacional privado se encuentran dispersas en: la Ley No. 1289/75, que introdujo el Código de Familia, la Ley No. 1313/1976, de Extranjería, la Ley No. 50/1984, de las Notarías Estatales y la Ley No. 51°/1985 del Registro del Estado Civil.

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup>El 7 de enero de 1988 se publicaron dos decretos en el Diario Oficial. 1) Por el que se reformaba yadicionaba el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y2) Por el que se reformaba y adicionaba el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Poco desupués, el 12 de enero de 1988 apareció en el mismo Diario Oficial

la base para eliminar el atraso legislativo que imperaba en materia de DIPr en México, uniéndolo así al movimiento codificador que imperaba en las potencias económicas mundiales, y logrando instrumentar los cuerpos legales internacionales aplicables a la materia<sup>90</sup>. No obstante dicho sistema sigue caracterizándose por una "maraña" normativa a la cual difícilmente se le puede dar seguimiento y, mucho menos aún, se le puede dar coherencia, desde el momento mismo en el que hay contradicciones entre lo enunciado en una norma y otra, ya sea a nivel autónomo o convencional<sup>91</sup>.

iv) Tampoco la República Dominicana cuenta con una ley especial que regule, al menos, un sector sustancial de los problemas del tráfico jurídico externo<sup>92</sup>. No existe una regulación de las cuestiones de competencia judicial internacional, al margen de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del Código civil<sup>93</sup> (pues el art. 16, relativo a la *cautio iudicatum solvi*, fue modificado por la Ley 845, del 1978<sup>94</sup>). Ante la carencia de normas expresas en el código de procedimiento civil los operadores jurídicos deben acudir al examen del conjunto de la jurisprudencia de los tribunales dominicanos, que refleja un panorama bastante confuso y equívoco<sup>95</sup>. Dicha construcción

un decreto por el que se reformaba y adicionaba el Código Federal de Procedimientos Civiles. Más adelante, e 4 de enero de 1989 se publicaron en el Diario Oficial las reformas, adiciones y derogación de varias disposiciones del Código de Comercio, algunas de las cuales se refieren al conflicto de leyes y a la cooperación procesal internacional. Todas las reformas señaladas se refirieron a modificaciones en materia de DIPr. En la exposición de motivos de las reformas tanto del Código Civil como del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se estableció que: "El Derecho, entendido como un promotor del cambio social, no puede permanecer estático frente a las transformaciones que presente la dinámica social. Las crecientes relaciones económicas, políticas, sociales y culturales que se establecen diariamente entre las personas que integran nuestra sociedad y aquellas que pertenecen a otros estados que conforman el con cierto internacional, han mostrado la necesidad de buscar soluciones más acordes con la época actual". Y, tras referirse a algunas de las convenciones de las CIDIP 1, II y III se procede a reformar la legislación nacional para ajustarla a "los principios enmarcados de las convenciones" referidas. Por consiguiente, las reformas tuvieron como como propósito esencial la adecuación de las leyes mexicanas a las citadas convenciones.

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> L. Pereznieto Castro, Derecho internacional Privado, Parte General, 8ª ed., México, Oxford, 2003.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> N. González Martín, "La Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado y la modernización del Derecho internacional privado latinoamericano ¿un cambio en el iter convencional hacia la Ley Modelo?", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 2008, pp. 511-544.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup>Vid., con carácter general, J.C. Fernández Rozas, "¿Por qué la República Dominicana necesita una ley de Derecho internacional privado?", *Gaceta Judicial, la Revista Jurídica de Interés General* (República Dominicana), Año 18, nº 329, 2014, pp. 20-31.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Que son traducción literal de sus homólogos del Código civil francés de 1804: Art. 14:"El extranjero, aunque no resida en la República, podrá ser citado ante los tribunales de ella, para la ejecución de las obligaciones contraídas por él en la República y con un dominicano; podrá ser llevado a los tribunales en lo que se refiere a las obligaciones contraídas en país extranjero respecto de dominicanos". Art. 15:"Un dominicano podrá ser citado ante un tribunal de la República, por causa de obligaciones por él mismo contraídas en país extranjero y aún con extranjeros".

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup>Ley No. 834, que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de Procedimiento Civil y hace suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil Francés, de 15 de julio de 1978 (Gaceta Oficial No. 9478).

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> J.M. Castillo Roldán, "Competencia judicial internacional en la República Dominicana", http://juanmicastilloroldan.blogspot.com.es/2013/06/competencia—judicial—internacional—en.html, 13 junio 2013.

apunta hacia la existencia de dos criterios de carácter general. De un lado, la independencia en el tratamiento de los conflictos de leves y los conflictos jurisdiccionales y, de otro lado, el carácter dominante de la jurisdicción dominicana que se considera como plena indeclinable. Para los tribunales dominicanos las soluciones en esta materia responden a una concepción amplia de la noción de jurisdicción en la que ésta aparece íntimamente conectada a la soberanía nacional. Ello se concreta en: i) La transposición pura y simple al plano internacional de la vis atractiva que en el ámbito interno posee la jurisdicción ordinaria (art. 59 Código Procesal Civil) para afirmar, de este modo, el carácter exclusivo y excluyente que, frente a las jurisdicciones extranjeras tiene la jurisdicción nacional para conocer, de todos aquellos negocios civiles que se susciten en la República Dominicana<sup>96</sup>; ii) La atribución de la competencia de los tribunales dominicanos puede tener efecto derogatorio de la voluntad privada cuando las partes se sometan a un tribunal extranjero<sup>97</sup>. Desde la perspectiva del Derecho aplicable el sistema gira en torno al art. 3º del Código civil, cuya insuficiencia no ha quedado paliada por otras disposiciones posteriores. El carácter obsoleto la regulación de las cuestiones de Derecho aplicable se debe a que aún subsiste la solución introducida en el art. 3 del Código de Napoleón de 1804 fiel heredera de la denominada teoría de los estatutos. Aunque sin la contundencia necesaria, el carácter unilateral del precepto ha sido bilateralizado por la jurisprudencia dominicana al admitir, por obvias razones de reciprocidad, la aplicación de las Derecho extranjero cuando la pretensión provenga de no nacionales. Dentro de las disposiciones posteriores merece destacarse la denominada "Ley de divorcio al vapor" (Ley 1306-bis de Divorcio, de 21 de mayo de 1937<sup>98</sup>, modificada por la Ley 142 del 4 de junio de 1971) reguladora de un procedimiento instituido especialmente para extranjeros o dominicanos no residentes en el país en caso de divorcio por mutuo consentimiento que, al margen de sus problemas de carácter confesional, como evidenció la Resolución No. 3874 del Congreso Nacional que aprobó el Concordato y el Protocolo Final suscrito entre la República Dominicana y la Santa Sede de 16 de junio de 1954, fue el fruto de una época periclitada que debe superarse. También debe hacerse alusión a la Ley No. 136-03 que crea el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, de 7 de agosto de 2003, junto con alguna otra disposición aislada y, con posterioridad, con la entrada en vigor de la Ley No. 489–08 sobre Arbitraje Comercial. Esta última disposición que al estar directamente inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL de arbitraje comercial de 1985, está totalmente homologada a las disposiciones que sobre esta materia existen en otros sistemas jurídicos favorables al arbitraje. Por último, Existe gran imprecisión en orden al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Tradicionalmente se

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Art. 24: "Cuando el juez estimare que el asunto es de la competencia de una jurisdicción represiva, administrativa, arbitral o extranjera se limitará a declarar que las partes recurran a la jurisdicción correspondiente. En todos los otros casos el juez que se declare incompetente designará la jurisdicción que estime competente. Esta designación se impondrá a las partes y al juez de envío".

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Criterio refrendado por las Sentencias Suprema Corte de Justicia (SCJ) 13 diciembre 2006 y 30 enero 2008. *Vid.* E. Alarcón, *Comentarios a la Ley de arbitraje comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2012; J.C. Fernández Rozas y N. Concepción. *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup>G. Ireland y J. de Galíndez, *Divorce in the Americas*, Buffalo NY: Dennis, 1947.

han aplicado las normas sobre exequátur contenidas en el viejo Código Procesal Civil<sup>99</sup>, hasta la modificación efectuada por la Ley No. 834/1978, cuyo art. 122 dispone que "Las sentencias rendidas por los tribunales extranjeros y los actos recibidos por los oficiales extranjeros son ejecutorios en el territorio de la República de la manera y en los casos previstos por la ley". La subsistencia de la normativa anterior es cuestionable pues la referida Ley no incluye derogaciones expresas limitándose su art. 142 al declarar "derogadas y sustituidas todas las leyes y disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas a las materias que son tratadas en la presente ley". Y la cuestión no es previsible que tenga una solución inmediata al paralizarse la iniciativa de reforma del Código de Procedimiento Civil de 2010, que incluía una regulación expresa de la materia<sup>100</sup>. Como puede observarse, el referido art. 122 se limita a establecer un marco referencial, sin entrar en consideraciones sobre si la impetración del interesado tendría que regirse por el protocolo contencioso, citando a la otra parte, o por el procedimiento gracioso, *inauditan partem*.

**38.** Al lado del grupo descrito, otro por el momento minoriritario, en el que figuran Venezuela y Panamá, se inclina por abandonar la regulación contenida en el Código civil y, al igual que ha acontecido en otros círculos jurídicos, regular esta materia a través de una ley especial. En concreto, la Ley venezolana determina el ámbito de la jurisdicción; señala los criterios para la determinación del Derecho aplicable y regula la eficacia de las sentencias extranjeras.

i) En la década de los noventa, a iniciativa de Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana Maekeltfue aprobada la Ley de DIPr el 6 de agosto de 1998 y entró en vigor el 6 de febrero de 1999<sup>101</sup>. La Ley mantuvo las disposiciones fundamentales del proyecto de 1965 y se adaptó a nuevas leyes vigentes en Venezuela y a las actualizaciones que de sus normas originales se hicieron en el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas de DIPr (CIDIP). Además, recogió en su articulado la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas. Sus principales objetivos fueron eliminar los problemas causados en el sistema venezolano por el método estatutario, la escasez y dispersión de normas, la adopción del factor de conexión nacionalidad para regir el estatuto personal y el hibridismo antagónico que planteaba el art. 8 Cc venezolano. La Ley, hasta el Código panameño de 2014, fue la única ley especial sobre la materia en América, conciliando las enseñanzas de la doctrina

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Código de Procedimiento Civil de la Republica Dominicana:arreglado por la comisión nombrada por el poder ejecutivo, y conforme al decreto del Congreso nacional de fecha 4 de julio de 1882, conservando el orden de los artículos del texto francés vijente (*sic*) en la República desde el año de 1845.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> En septiembre de 2010 tuvo lugar la Propuesta Legislativa Anteproyecto Código Procesal Civil que, según el plan adoptado, comprende doce libros. El primero, recoge los principios fundamentales del proceso, la aplicación de las normas nacionales y supranacionales, la cooperación judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras e internacionales. A nuestros efectos, nos interesa el Capítulo II del Título II relativo a la aplicación de las normas procesales internacionales que comienza con una clara afirmación de la primacía de las normas internacionales (art. 29), y el Título IV (arts. 48 a 63), que presta una atención detallada al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras e internacionales.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> G. Parra Aranguren, "La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado", *RE-DI*, vol. LI 1999, 1, pp. 277-287.

contemporánea y del Derecho comparado con los datos históricos, sociales y humanos de la realidad venezolana. Este instrumento tiene carácter general y, en tan solo 64 artículos, establece normas sobre sus principios generales (arts. 1 a 15); el Derecho aplicable en materia de personas físicas (arts. 16 a 19) y jurídicas (art 20); relaciones familiares (arts. 21 a 26); bienes y derechos reales (arts. 27 y 28); obligaciones contractuales (arts. 29 a 31) y extracontractuales (arts. 32 y 33); sucesiones (arts. 34 a 36); forma y prueba de los actos (arts. 37 y 38); jurisdicción y competencia territorial (arts. 39 a 52 y 56 a 58); cooperación judicial internacional (art 59); reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (arts. 53 a 55); y, finalmente, normas sobre el tratamiento procesal del Derecho extranjero (arts. 60 y 61).La adopción del factor de conexión domicilio para regular la capacidad de las personas físicas (art. 16) significa una profunda y fundamental reforma del sistema venezolano de DIPr; con ello se abandona la nacionalidad, factor propio de los países emigratorios, predominantemente europeos, para acercarnos a los ordenamientos jurídicos americanos, de signo inmigratorio<sup>102</sup>.

ii) El 27 agosto 2009 el H.D. Hernán Delgado presentó a la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional de Panamá el Anteproyecto de Ley regulador de las relaciones de DIPr. Dicho proyecto constaba de 190 artículos y su filosofía inspiradora era la protección de los intereses de los nacionales panameños, de la tolerancia y de la coexistencia de los derechos extranjeros frente a la jurisdicción nacional cuando ésta sea competente en las transacciones de tráfico jurídico externo. Con ello se intentaba llenar el vacío existente hasta entonces en lo relativo a la sistematización de este sector del ordenamiento jurídico que se encuentraba disperso en diversos textos legales, lo que dificultaba conocimiento no sólo para los operadores jurídicos sino para el propio juez panameño. El contenido de esta obra de codificación al pensamiento del jurista panameño Gilberto Boutin, por lo que cabe en Panamá más que de una corriente bustamantina, de una corriente buotiniana en función de la influencia que ha ejercido este jurista de la construcción del DIPr panameño, fiel seguidos del jurista cubano como se reflejaba en el texto propuesto. Esta iniciativa siguió todos los trámites legislativos pertinentes dando lugar el año 2012 a un Proyecto de ley que adoptaba el Código de DIPr de la República de Panamá donde los preceptos antes citados eran sustituidos por los arts. 149 a 151 dentro de los 189 artículos que constituyeron la última versión del complejo proceso legislativo, disponiendo el último de sus preceptos un periodo de vacatio legis de seis meses. La vía hacia la reforma quedaba, pues, expedita. Sin embargo, la Constitución panameña establece una particularidad importante en orden al proceso de adopción de una ley conferida por el numeral 6 del art. 183 al Presidente de la República de objetar los proyectos de ley. Y esta particularidad fue utilizada en esta ocasión 103. Semejante interven-

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> H. Barrios, "Del Domicilio", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, vol. 46, nº 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 41 *et seq*.

<sup>103</sup> Esencialmente la oposición presidencial se dirigió a los preceptos del Proyecto sobre arbitraje comercial intenacional Por estas razones, y otras de carácter complementario, el presidente vetó parcialmente el proyecto de ley de DIPr y ante esta situación la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales, con fundamento en el art. 205 del Reglamento Orgánico de Régimen Interno, emitió el preceptivo informe el 6 febrero 2013, considerando que las objeciones formuladas por el Presidente de la República eran fundadas y, por este motivo, correspondía modificar los art.

ción no fue casual. Paralelamente al proceso descrito, el 26 febrero 2013 había tenido entrada en la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá<sup>104</sup> cuyo proponente fue el H.D. Raúl Hernández<sup>105</sup> y el resultado fue la Ley 131, de 31 diciembre 2013, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá<sup>106</sup>. Así las cosas la suerte de la Ley de DIPr pararecía estar echada, sin embargo en las postrimerías del mandato del Presidente Martinelli y sorpresivamente, pues las normas sobre arbitraje internacional se mantuvieron, se dio luz verde a esta iniciativa, se promulgó el Código de DIPr de la República de Panamá<sup>107</sup>. Dicho Código comprende 184 artículos y mantiene una concepción amplia del DIPr que se proyecta en las cuestiones reguladas (competencia judicial, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación judicial civil internacional) desbordando el marco de las modernas legislaciones extendiéndose cuestiones como el arbitraje internacional (colisionando como se ha indicado en la Ley de arbitraje de 2013), al Derecho penal, en el sentido más bustamantino de la expresión, y a otras cuestiones de carácter comercial como la quiebra internacional. La ley nacional posee un carácter protagonista en el sector del Derecho aplicable, aunque el Código da cierta entrada a la ley del domicilio y a la ley de la residencia habitual. Como curiosidad, el Código introduce una disposición de carácter general que excede las cuestiones abordadas en una disposición centrada en la reglamentación de las cuestiones del tráfico externo al establecer con carácter categórico que "(s)e prohibe el matrimonio entre individuos del mismo sexo"; la natural polémica que ha suscitado un precepto de este tipo ha oscurecido, en los primeros momentos de vigencia la valoración global de esta disposición.

## C) Proyectos gubernamentales y de carácter académico

**39.** Siguiendo en el círculo jurídico latinoamericano, ofrece un especial interés la referencia a los proyectos ya concluidos y en proceso de elaboración que sobre el

<sup>150, 151–158</sup> y 159 del Proyecto de Ley de DIPr, recomendando al pleno de la Asamblea Nacional acoger las en toda su integridad. Y así lo hizo llegándose a un nuevo proyecto de ley en el año 2013. 

104http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg\_legis/PDF\_SEG/ PDF\_SEG \_2010/ PDF\_SEG\_2013/ PROYECTO/2013 P 578.pdf.

<sup>105</sup> Los despachos parlamentarios de este último proyecto tampoco estuvieron exentos de problemas, pues es evidente que al ser paralelo a la tramitación del Proyecto la Ley de DIPr, portador de disposiciones que chocaban con el espíritu de dicho proyecto, generó tensiones entre defensores y detractores de ambos cauces. El hecho de que el Presidente de la República interviniese directamente en el malogro del proyecto iusinternacionalista es una prueba de que no se asistió a un proceso legislativo pacífico. Pero las presiones no sólo se dirigieron a este último texto. También el que resultaría ganador en una primera fase generó una fuerte su oposición e incluso estuvo a punto de no ver la luz, aprobándose en el último momento, tras ser objeto de importantes denuncias, por incurrir al parecer en serias irregularidades, como no haber sido aprobado nunca en primer debate, que reclamaban que operase aquí también el veto presidencial. F. Gómez Arbeláez, "Nueva ley de arbitraje, irregularidad legislativa", *La Prensa*, 19 diciembre 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> J.C. Araúz Ramos, "La porfiada reforma del arbitraje en Panamá", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 143-149.

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> Publicado en la Gaceta Oficial de 8 mayo 2014. Según su art. 184, el Código "comenzará a regir a los seis meses de su promulgación". http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27530/ 46493 .pdf.

DIPr se están realizando en América latina en cuyo marco se sitúa el presente proyecto de Ley Modelo.

- i) Con unos objetivos codificadores de gran ambición y con un formidable esfuerzo de coordinación de estudios preparatorios se encuentra el Proyecto de Código Modelo mexicano de DIPr de octubre de 2006 que, a través de sus 226 artículos, tiene con una vocación de aplicarse a todo asunto, negocio o situación que esté vinculado con algún ordenamiento extranjero; establece el ámbito competencial de las autoridades mexicanas, señala criterios para la determinación del Derecho aplicable y regula el reconocimiento de las sentencias y de los actos extranjeros. Son muchas las coincidencias de este instrumento con la Ley modelo, tanto en su estructura tripartita (ley aplicable, jurisdicción competente y reconocimiento y ejecución de sentencias), aunque con una ubicación diferente, como en el orden de las materias tratadas, en el empleo del domicilio por la conexión dominante como, por último, en el abandono de la inspiración del Código Bustamante. Las nota diferenciales estriba en la mayor influencia de la obra de la CIDIP en el texto mexicano 108 y sobre todo, en la estructura federal del sistema, que cuenta casi trescientas leyes vigentes, de las cuales una cuarta parta guardan alguna relación con el DIPr<sup>109</sup>. Únicamente si se soluciona esta última cuestión el Estado Mexicano podrá asegurarse una regulación conforme al art. 17 de la Constitución. De ahí la opción por un "Código modelo".
- ii) En Puerto Rico el borrador del Libro de DIPr tiene su origen en una propuesta elaborada entre 1987 y 1991 bajo el auspicio de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación ("la Academia"), entonces presidida por el ex juez presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, José Trías Monge. La propuesta, titulada A *Project for the Codification of Puerto Rican Private International Law*, fue debatida extensamente, enmendada y adoptada por un Comité Especial de la Academia<sup>110</sup> que contó con Symeon Symeonides, como consultor de esta Comisión Conjunta y que produjo un borrador de propuesta actualizada que presentó bajo el título de *A Bill for the Codification of Puerto Rican Private International Law*<sup>111</sup>. A

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Proyecto de Código Modelo de Derecho internacional privado de 3 de diciembre de 2005. *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 1242-1276; J.A. Silva, "Una codificación iusprivatista para México: los trabajos para conformarla", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 1221-1240

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup>http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm.

<sup>110</sup> El comité estuvo presidido por el ex juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Lino Saldaña. El profesor Arthur T. von Mehren, Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, fue consultor del comité y el profesor Symeon C. Symeonides, Catedrático y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Willamete fue el Relator o "Rapporteur" de esta aportación.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup>A partir de ese documento y con la ayuda de un borrador inicial de una traducción al español de la propuesta de la Academia que había hecho Julio Romanach, del *Center of Civil Law Studies de Louisiana State University*, esta Comisión Conjunta elaboró el presente Borrador del Libro de DIPr. Tanto la redacción de los artículos como la de sus comentarios sufrieron importantes modificaciones por lo que fue necesario uniformar el lenguaje y la estructura de los artículos para ajustarlos a los criterios seguidos en el resto del Proyecto de Código Civil Revisado. Además, en algunos casos, también fue necesario hacer algunas modificaciones sustantivas para adecuarla a los nuevos contenidos de los restantes libros del Proyecto. Esto, obviamente, significó alteraciones a los comentarios que persiguen justificar las normas. Aunque se consultaron todas estas fuentes, este Libro está muy lejos de estar subordinado a alguna de éstas.

pesar de ciertas similitudes terminológicas con otras codificaciones, este es un Libro verdaderamente distinto e independiente. Un ejemplo de su universalidad y de su particularidad se encuentra en el artículo general y supletorio, el cual refleja que el objetivo del proceso de determinación de la ley aplicable es identificar y aplicar la ley del Estado que "tiene la conexión más significativa con las partes y la disputa en relación con el problema de que se trata..."112. Este Libro de DIPr incorpora la doctrina jurisprudencial de Viuda de Fornaris y la de otros casos del Tribunal Supremo de Puerto Rico, la desarrolla y adopta un enfoque menos territorial y menos cuantitativo. Se trata de un enfoque fundamentado en la experiencia puertorriqueña que, a la vez, recoge los mejores elementos de ambos lados del Atlántico, sin someterse ciega o automáticamente a las autoridades jurídicas estadounidenses o españolas. El alcance y la estructura de este Libro, en armonía con la tradición civilista del Código Civil de Puerto Rico, este Libro atiende sólo el aspecto de la ley aplicable en los casos con elementos extranjeros y no el asunto de la jurisdicción adjudicativa interestatal o internacional, ni el del reconocimiento de sentencias extranjeras. Este Libro consiste de cuarenta y ocho artículos organizados en seis títulos: Título I ("Disposiciones generales"), Título II ("Instituciones familiares"), Título III ("Derechos reales"), Título IV ("Derecho de obligaciones y contratos"), Título V ("De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia") y Título VI ("Derecho de sucesiones").

iii) Corregir, en lo posible, esa situación, alcanzar en la esfera de las relaciones privadas internacionales los dos supremos objetivos de justicia y seguridad jurídica, razón de ser de toda norma de Derecho, y acoplar las disposiciones a las características y necesidades de la realidad social, económica y humana de la República Dominicana, son los propósitos de la iniciativa legislativa de 2014<sup>113</sup>. Más concre-

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup>La frase enfatizada se parece a la frase "relación más significativa" del Segundo Restatement (secciones 5, 188, 222, 28 & 291. Sin embargo, también se parece al siguiente lenguaje utilizado en otras codificaciones: "closest ties" (Artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales), "más directamente 8 vinculadas" (Artículo 30 de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado de 9 1999), "vínculos más estrechos" (Artículos 206 y de los Proyectos Argentinos de Derecho Internacional Privado de 1998 y 200 respectivamente), "closest relationship" o "closest connection" (Ley DIPr suiza del 1987), "close connection" (Código Civil de Québec de 1994), "closest connection" (art. 28 de la Ley DIPr alemana y Convención de Roma), y "stronger connection" (Ley DIPr austriaca de 1978). Al mismo tiempo, la frase "conexión más significativa" del artículo es suficientemente diferente de todas las formulaciones antes citadas. Por ejemplo, la expresión "más significativa" invita a hacer un análisis más cualitativo y tiene menos connotación territorial o física que las expresiones "más fuerte" o "más cercano", usadas en las formulaciones europeas. En cierta medida, estas diferencias y similitudes pueden reflejar las influencias europeas y las americanas en esta materia. Sin embargo, es más importante notar que las palabras "conexión más significativa" y el objetivo que éstas persiguen encuentra apoyo en la jurisprudencia puertorriqueña de derecho internacional privado, particularmente en el lenguaje de "contactos dominantes" usado en MarylandCasualty, Viuda de Fornaris y Green Giant. Aun así, el lenguaje de la nueva formulación difiere lo suficiente para que sea menos vulnerable a una interpretación errónea que invite a hacer un conteo mecánico o cuantitativo de contactos, o a una mera localización geográfica de la disputa.

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup>La Comisión redactora del Proyecto estuvo integrada por: Edynson Alarcón, Julio Cesar Valentín, Marco Herrera, Marcos Peña, Cruz, Peña, Fabiola Medina, Mario Pujols, Leidylin Contreras, M.A Víctor Villanueva, M.A. Nathanael Concepción, M.A. Marjorie Félix Ana Carolina Blanco Hache, y contó con el Prof. José Carlos Fernández Rozas como relator. La Fundación Global De-

tamente, los objetivos perseguidos con ella pretenden. En primer lugar, resolver los problemas del sistema de DIPr, caracterizado por sus contradicciones entre los art. 3, de fuerte contenido estatutaria, y 15 del Cc con otras disposiciones dispersas en los Códigos y en Leyes especiales<sup>114</sup>; en segundo lugar, ajustar la legislación de DIPr a la realidad social de la República Dominicana; en tercer lugar, adecuar las soluciones internas a los realizaciones practicadas en la codificación internacional, especialmente a partir de las experiencias obtenidas en la Conferencia de La Haya de DIPr a escala mundial y en la Conferencia Especializada Interamericana de DIPR a escala de América Latina; ello sin perder de vista las soluciones alcanzadas por la unificación del DIPr de la Unión Europea en función del origen genuinamente europeo del sistema dominicano; y, por último, adaptar las soluciones dominicanas al desarrollo universal de la materia y a las legislaciones más recientes, que se han convertido en instrumentos válidos para el armónico desarrollo de las relaciones jurídicas de carácter transfronterizo. Las consideraciones hasta aquí efectuadas permiten establecer las líneas generales del proyecto, justificar la elección de una Ley Especial como técnica legislativa adecuada y el diseño tripartito de la materia regulada. También permite vislumbrar las influencias en las soluciones adoptadas. Contiene cinco títulos: Título I ("Disposiciones comunes"); Título II ("Extensión y límites de la jurisdicción dominicana en materia civil y comercial"); Título III "Determinación del Derecho aplicable"); y Título IV ("Reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros").

**40.** El examen comparativo de estas iniciativas que se están desarrollando en la zona del Caribe registra ciertas notas divergentes, pero también apunta a la existencia de muchos puntos de coincidencia con los que la Ley Modelo concuerda. Y esta coincidencia se extiende a otras aspiraciones legislativas desarrolladas con mayor o menor éxito en el hemisferio americano.

i) Entre estas ocupa un lugar destacado el laborioso proceso seguido en Argentina, con una propuesta de inserción en el Código civil de un Libro VIII incluyendo las normas de DIPr relativas a la competencia judicial internacional y al Derecho aplicable<sup>115</sup>; el Proyecto no se ocupa de los problemas de reconocimiento y ejecu-

mocracia y Desarrollo (Funglode), el Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (IGLOBAL) y la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS) entregaron el 19 marzo 2014 al presidente del Senado de la República, Reinaldo Pared Pérez, la propuesta de proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado; el rector del IGlobal, Marcos Villamán, tuvo a su cargo la entrega de la propuesta del proyecto de ley. http://www.funglode.org/wp-content/uploads/2013/11/proyecto-ley-derecho-internacional-privado.pdf.

<sup>114</sup> S.T. Castaños, "Algunas reflexiones sobre la necesidad e importancia de regular el derecho internacional privado de la República Dominicana mediante una ley especial?", *Gaceta Judicial, la Revista Jurídica de Interés General* (República Dominicana), Año 18, n° 329, 2014; R. Campillo Celado, "Necesidad de la adopción de una ley nacional sobre Derecho internacional privado en la República Dominicana", *ibíd*.

<sup>115</sup> El proyecto de Código de DIPr argentino fue confeccionado por un Grupo de internacional-privatistas argentinos, agrupados bajo la "Comisión de Estudio y elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado", nombrada por el Ejecutivo (Res. M.J y DH 191/02 y Res. M.J.S y D.H. 134/02, e integrada por los Dres. Miguel Angel Ciuro Caldani, Eduardo L Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, Maria Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Maria Perugini Zanetti, Horacio Daniel Biombo, Julio Cesar Rivera, Amaia Uriondo de Martinolli e Inés

ción de decisiones judiciales y extrajudiciales dictadas en el extranjero. Como sus impulsores reconocen responde: a) a una concepción de política legislativa que contempla tanto el proceso de integración en que está empeñada Argentina; b) al compromiso jurídico y ético "de garantizar la defensa y la adecuada protección de los sectores débiles de la sociedad"; y c) a la coordinación con los requerimientos del Derecho convencional de los cuales no es posible apartarse<sup>116</sup>. El Proyecto está compuesto por 130 artículos que van acompañados de dos preceptos que incluyen las Disposiciones transitorias. Dichos artículos se reparten en cuatro Títulos. El primero de ellos (arts. 1 a 16) da respuesta a los problemas generales del DIPr a través de "Disposiciones generales" refiriéndose al objeto, al ámbito de aplicación del Proyecto y a las tradicionales cuestiones de la disciplina. el Título II dispone las normas sobre competencia judicial a través de cuatro capítulos referidos a "Disposiciones generales", "Jurisdicciones especiales", "Jurisdicción exclusiva" y "Litispendencia internacional", respectivamente. El Título III se ocupa de las normas sobre Derecho aplicable y se encuentra dividido en quince capítulos en los que se refiere a las distintas materias especiales sistemazadas en: "persona humana", "personas jurídicas de Derecho público", "personas jurídicas de Derecho privado y sociedades", "actos jurídicos", "contratos", "títulos valores", "obligaciones alimenticias", "responsabilidad extracontractual", "derechos reales", "derechos de autor", "relaciones de familia", "protección de los incapaces no sometidos a patria potestad", "sucesiones", "insolvencia y prescripción". Por último, el Título Cuarto está conformado por las "Disposiciones transitorias" <sup>117</sup>.

ii) También es de referencia obligada en cualquier proceso de codificación interna en América latina el Proyecto elaborado en Uruguay de proyecto de Ley General de DIPr<sup>118</sup>.Se trata de una iniciativa que, como su propia Exposición de motivos

M. Weinberg de Roca y, posteriormente, elevado al Congreso de la Nación junto al "Proyecto de unificación del Código Civil y del Código de Comercio" para su tratamiento legislativo http://www1.hcdn.gov.ar/ dependencias/ dsecretaria/ Periodo2004/ PDF2004/ TP2004/02abril 2004/ tp037/2016-D-04.pdf-

<sup>116</sup> Señaladamente la Convención de La Haya de 19 de octubre de 1996 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, la Convención Interamericana de La Paz de 1984 sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores o la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre obligaciones alimentarias.

<sup>117</sup> Vid. S.L. Feldstein de Cárdenas,."La reforma del Derecho Internacional privado en la República Argentina, ¿la cenicienta se convertirá en princesa?", www. elDial.com; id., "La Ley de Derecho Internacional privado en la República Argentina: mito o realidad?", Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, n° 4, 1999, "El Proyecto argentino en materia de Derecho Internacional privado: Reforma a la italiana?", www.diritoitalia.com, diciembre 2000; N. Magallón Elósegui, "La reforma del Derecho internacional privado en la República Argentina", Revista Estudios Internacionales, 14, 2007.

<sup>118</sup> Un texto articulado que 63 artículos que incorpora el Proyecto Uruguayo de Ley General de DIPr de 2008. La idea de comenzó a concretarse en 1994, a partir de la iniciativa que el Prof. Dr. Didier Opertti Badán planteó en el Instituto de DIPr de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Se designó un grupo compuesto por varios integrantes del Instituto, asignándosele el cometido de elaborar un primer anteproyecto de ley nacional de DIPr, comenzando por la teoría general. Cumplida esta etapa se produjo un impasse, que culminó con la reactivación operada, nuevamente a instancias del Prof. Opertti, cuando como Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay designó formalmente un Grupo de Trabajo para elaborar un anteproyecto de Ley General de DIPr

declara, tiene pretensiones moderadas en orden al contenido de la materia: se pretende actualizar la normativa de fuente nacional armonizándola con la normativa de fuente internacional ya ratificada por Uruguay o en cuya generación este país ha participado activamente a través de sus delegaciones, sin perjuicio de tener en cuenta, también, las últimas soluciones de la normativa de fuente nacional en el derecho comparado a fin de precaver un inconducente aislamiento. La influencia en él de la obra codificadora de la CIDIP es incluso superior a su homólogo mexicano, pero también es muy relevante el influjo de los Convenciones de La Haya de DIPr. El proyecto, que pretende sustituir el actual Apéndice del Código Civil, cuenta con tres sectores básicos: el primero, referido a principios generales, comprende tres temas: los indicadores que deben regir la mecánica de aplicación de la norma de conflicto, la incidencia que la especialidad del Derecho mercantil internacional tiene respecto de ese tema, y la definición del punto de conexión personal básico adoptado desde siempre por nuestro sistema —el domicilio—. Este primer sector constituye una innovación respecto de las normas de conflicto de fuente nacional, aunque no respecto de las normas de conflicto de fuente internacional; el segundo tiene por objeto la ley aplicable a las categorías jurídicas que se han adoptado como referentes del sistema y el tercero tiene por objeto la competencia en la esfera internacional de los tribunales nacionales. Está constituido por normas de tipo unilateral, propias de su carácter atributivo de jurisdicción.

- **41.** Quedaría incompleto el panorama si no acudieramos a algunos ejemplos de codificación privada del DIPr llevado a cabo en América latina.
- i) En el caso colombiano la propuesta de desarrollar un cuerpo normativo homogéneo o ley que agrupe y complemente las normas que sobre el DIPr se hallan dispersas por el ordenamiento jurídico colombiano proviene 119 no sólo de la necesidad de promover su unificación, sino de organizar de forma sistemática el gran número reglas de esta naturaleza que en él aparecen. Por eso ha surgido un imperativo en cuanto a la elaboración de un proyecto que estructure dicha unidad normativa, cuyo objetivo primordial es realizar aquellos ajustes que se estimen pertinentes para adaptar la legislación nacional a las prácticas internacionales que en la actualidad se desarrollan en el contexto mundial; y de esa forma integrar las normas de carácter convencional multilateral que están vigentes en ese ordenamiento jurídico. Esa tarea ha sido llevada a cabo por el profesor José Luis Marín Fuentes de la Universidad de Medellín quien elaboró un Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado para Colombia 120. Donde pretende entre otros objetivos, los de: a) unificar en un sólo cuerpo normativo las diferentes normas o reglas de derecho

substitutivo del Apéndice del Código Civil Creado por Resolución 652/998 del Poder Ejecutivo, de fecha 17/8/998. Los integrantes del Grupo, presidido por el Dr. Opertti, fueron los Dres. Ronald Herbert, Eduardo Tellechea, Marcelo Solari, Berta Feder, Carmen González y Cecilia Fresnedo. En etapas posteriores se sumaron los Dres. Jorge Tálice, Paul Arrighi y Gonzalo Lorenzo.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> J.L. Marín Fuentes, *Derecho Internacional Privado*, Medellín, Editorial Universidad de Medellín, 2013, p. 17.

<sup>120</sup>http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidades Academicas/ FacultadDerechoCienciasPoliticas/BilbiotecaDiseno/Archivos/01\_Documentos/ proyecto\_ de\_ley\_gral\_der\_intrna\_priv2.pdf.

internacional privado que se encuentran no sólo en los diferentes códigos, sino en los textos convencionales ratificados por Colombia; b) contar con una reglamentación más clara, precisa, coherente, ordenada, fácil de consultar, fácil de comprender y fácil de aplicar en cuanto a dicha materia; c) facilitar la apertura jurídica en el campo internacional, buscando adaptar el derecho internacional privado colombiano a los cambios actuales que se presentan en el ámbito jurídico, social y comercial internacional, d) propugnar un desarrollo armónico de las relaciones privadas internacionales, al igual que los movimientos migratorios y comerciales el campo internacional; e) clarificar las disposiciones legales actuales, y al mismo tiempo formular normas más simple y precisas que regulen las materias más complejas de esta disciplina; f) hacer más accesible toda ésta información a aquellas personas que tengan un interés directo o indirecto en la materia, sin importar la especialidad a la que pertenezcan; g)" difundir y desarrollar la ciencia del derecho internacional privado en el ámbito jurídico colombiano, buscando con ello un desarrollo armónico de sus normas con las demás que hacen parte del ordenamiento jurídico nacional. El esquema del proyecto que desarrolla es el siguiente: tras un capítulo dedicado a las "Disposiciones generales", se presta atención, en un primer momento, a los problemas de aplicación de la norma de conflicto, a la competencia judicial internacional y a la eficacia de las sentencias extranjeras, para finalizar con la precisión de los puntos de conexión con especial hincapié en la residencia habitual. En un segundo momento el proyecto se detiene en la regulación de las instituciones concretas: personas físicas, matrimonio, donaciones, filiación, adopción, alimentos, protección de menores, desaparición, ausencia y muerte presunta, sucesiones, personas jurídicas, sociedades comerciales, bienes, obligaciones y no contractuales, responsabilidad civil extracontractual, propiedad intelectual, insolvencia, títulos valores y prescripción. El proyecto se cierra con un conjunto de disposiciones finales. En estos momentos está siendo debatido por la comunidad científica colombiana.

ii) Fuera del área caribeña Bolivia cuenta con un Proyecto que fue publicado, en su primera versión y que sigue muy de cerca las líneas generales de la Ley de DIPr venezolana de 1998 y se debe a Fernando Salazar-Paredes. En el año 2005, la Facultad de Derecho de Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra recibió un requerimiento del autor de opinión sobre el Proyecto que seróia discutido en diversos paneles tales como el que tuvo lugar el 11 de mayo de 2005, titulado "Ante Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Boliviano". En el Capítulo I ("Disposiciones generales"), tras apuntar el ámbito de aplicación de la Ley la propuesta se dedica a los problemas técnicos de aplica que implican la solución de los conflictos de leyes recogiendo, en esencia los principios del Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado que Bolivia ha suscrito en 1984. El Capítulo II ("Del domicilio") se refiere al régimen del domicilio de las personas físicas y jurídicas en cuanto resulte un medio para determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los Jueces o Tribunales, estableciendo el lugar del domicilio de las personas en general para luego enfocar los casos especiales del domicilio conyugal, de los menores e incapaces sujetos a patria potestad o tutela y, finalmente, cuándo no se considera domiciliada a una persona. Al regular el concepto general del domicilio, se lo califica a través del término de residencia

habitual, que resulta de fácil comprobación, así como los domicilios especiales, entre los cuales figura el de la mujer casada, otorgándosele plena autonomía frente al domicilio del marido. El Capítulo III ("De las personas") define el Derecho aplicable a la existencia, estado y capacidad de las personas físicas y jurídicas, en tanto que el Capítulo IV ("De las personas jurídicas") trata de la actuación extraterritorial de las personas jurídicas tanto de Derecho público como de Derecho privado. Por su parte, el Capítulo V ("De la familia") establece el Derecho aplicable a la validez y prueba del matrimonio, incluyéndose los supuestos del matrimonio a distancia y del matrimonio consular y estableciéndose una enumeración de los impedimentos de orden público internacional que llevarán al no reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero cuando violenten los principios fundamentales del ordenamiento boliviano; asimismo, se regula el Derecho aplicable a las uniones no matrimoniales, y a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, incluyéndose los requisitos de eficacia en las capitulaciones matrimoniales de matrimonios celebrados en el extranjero. De la misma forma se regula el régimen jurídico aplicable al divorcio y separación, al establecimiento de la filiación, las normas aplicables a la adopción internacional o extranjera y lo referente a la tutela y otras protecciones de incapaces, haciéndose una referencia expresa a la problemática de la sustracción y el tráfico internacional de menores. Dentro del Derecho patrimonial, el Capítulo VI ("De los bienes"), en su Sección Primera se refiere a los derechos reales y en su Sección segunda a los derechos de autor; y, respecto "de las obligaciones", en el Capítulo VI ( y, particularmente, en el caso de las obligaciones convencionales se ha procurado resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994, suscrita por Bolivia. En el Capítulo VIII ("De las sucesiones") se determina la ley del domicilio del causante como la aplicable a las sucesiones; asimismo, la capacidad de testar o revocar un testamento está librada al derecho más favorable a la capacidad entre el domicilio y la nacionalidad del testador. El Capítulo IX ("De forma de los actos y del poder de representación") propone una reforma necesaria en materia de forma de los actos, diferenciando la ley impositiva de una forma, la ley reglamentaria de la misma y la ley que juzga la equivalencia a los efectos de la primera. El proyecto presta también atención a ciertas cuestiones propias del Derecho de los negocios internacionales. Así, el Capítulo X ("De los títulos cambiarios") establece un régimen integral de derecho aplicable a los títulos cambiarios internacionales en atención al vacío legal existente en la legislación boliviana actual, el Capítulo XI ("De la insolvencia") determina que los procesos de insolvencia se rigen por el derecho del Estado del tribunal que interviene en ellos, y, con relación a la "prescripción", el Capítulo XII considerando que ella es causa de extinción y adquisición de derechos, propone vincular el Derecho aplicable a la prescripción con el Derecho aplicable a las obligaciones o derechos a los que se refiera. Las cuestiones de competencia judicial internacional se contemplan en el Capítulo XIII ("De la jurisdicción y competencia"). Su Sección primera comienza aceptado la prórroga de jurisdicción expresa o tácita en materia patrimonial, salvo que tuvieren jurisdicción exclusiva los tribunales de la República; asimismo, recoge el llamado "foro de necesidad"; a continuación, en la Sección segunda, se prevén en forma específica la jurisdicción internacional para diversos supuestos. Sobre la "eficacia de las sentencias extranjeras", en el Capítulo XIV se determina que las sentencias y otras resoluciones judiciales dictadas en país extranjero tendrán, en Bolivia, la fuerza que establezcan los tratados respectivos. Finalmente, en el Capitulo XV ("Del procedimiento") el proyecto de ley determina que la competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del autoridad ante la cual se desenvuelve. La declinatoria de jurisdicción del Juez o Tribunal boliviano respecto del Juez o Tribunal extranjero se declarará de oficio, o a solicitud de parte, en cualquier estado o grado del proceso<sup>121</sup>.

#### D) Participación limitada en la codificación internacional

**42.** Desde los propios inicios de la OEA, los Estados americanos, han reafirmado que la mayor contribución a la paz es el respeto al Derecho internacional público. Por eso, la Carta de la Organización dispone que "el Derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas" y que el orden internacional está constituido, entre otros, "por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho internacional". Entre las materias seleccionadas para la codificación, en el ámbito interamericano pueden reseñarse las relativas a tratados contenidas en la Convención sobre Tratados de La Habana en 1928 y las normas sobre reservas, que luego fueron recogidas tanto por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como por la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados. A partir de aquí, la vocación hacia la aplicación prioritaria de los tratados internacionales de DIPr está presente en la mayor parte de los sistemas latinoamericanos<sup>122</sup>, señaladamente en los Estados que son miembros de la Conferencia de La Haya de DIPr que se inspiran en una concepción "monista" en orden a la incorporación de los tratados al orden jurídico interno<sup>123</sup>. Asimismo, a excepción de Venezuela, dichos Estados son parte del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados, lo que origina una cierta unicidad en este sector<sup>124</sup>, pese a su inherente limitación. Incluso en el marco de la CIDIP existe una referencia expresa a la aplicación de las normas de conflicto, lo cual posee un efecto didáctico que se dirige preferentemente al juzgador<sup>125</sup>. No en vano, el art. 1 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr de 1979 establece que la "determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con el Derecho extranjero se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás Convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes"; añadiendo que en defec-

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup>http://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf.

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> G. Parra-Aranguren, "Las recientes modificaciones del DIPr en el Continente Americano", Revista de la Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello), nº 43, 1991, pp. 357-443, esp. pp. 399-406

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> J.H.A. van Loon, en *The Effect of Treaties in Domestic Law* (F.J. Jacobs y S. Roberts, eds.), vol. 7, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 229 et seq.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Desde la perspectiva del Derecho de los tratados *vid*.I. Sinclair, "The Vienna Convention on the Laws of Treaties: The Consequences of Participation and Non-participation", *Am. J. Int'l L.*, Proceeding of 78th Annual Meeting, 1984, pp. 271 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup>Vid. H.U. Jessurun D'Oliveira, "Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence", *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique. Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, pp. 117 *et seq*.

to de tratado "los Estados partes aplicarán las reglas de conflicto de su Derecho interno" 126. Se otorga así un carácter supletorio al DIPr de fuente estatal que, si bien es evidente en ciertas normas fruto del legislador interno, como el art. 20 Cc cubano de 1987 o en el art. 12 Cc mexicano de 1987, no lo es tanto en otras. Singular resulta en tal sentido el art. 2047.1° Cc peruano de 1984 al exigir la "pertinencia" de los tratados internacionales "ratificados" por Perú, "y si éstos no lo fueran" se aplicará el Libro X del referido Código.

No obstante, la solución a las cuestiones de incorporación de las normas de DIPr de origen convencional viene determinada por lo general en los textos constitucionales o en las disposiciones preliminares de los Códigos civiles, que a veces dificultan tal incorporación y plantean problemas de jerarquía interna de las normas internacionales<sup>127</sup>; ello cuando no estamos ante convenios que por su escaso uso, por su antigüedad, o por su carácter reciente, son desconocidos por los jueces<sup>128</sup>.

43. Hoy por hoy el proceso integrador de América latina por lo que respecta al DIPr descansa en tratados internacionales y respecto a los mismos se registran notables discrepancias en el área. El sistema interamericano cuenta con un marco legal suficiente de Convenciones sobre cooperación jurídica y judicial y asistencia legal mutua, que abarca desde el Derecho procesal hasta Derecho de familia, pero dicho sistema no cubre de manera suficiente el área OHADAC. El cumplimiento efectivo de la cooperación judicial en este marco pasa por la creación de una red de autoridades centrales y funcionarios gubernamentales tal y como lo requieren las convenciones existentes. Sería conveniente ofrecer a las autoridades centrales las herramientas necesarias para desempeñar adecuadamente sus funciones y para comunicarse entre sí de la manera más eficiente y segura. Esta escasez pone de relieve la necesidad de favorecer las investigaciones sobre la cooperación judicial en América latina, pues diseñar un marco legal estable de cooperación judicial requiere previamente conocer en profundidad la realidad de la situación actual de las normativas implicadas.

Existen en la comunidad latinoamericana modelos en los que los problemas de interacción de procedimientos de producción normativa son muy similares, a partir de la coexistencia entre el Código civil, en sus distintas versiones en lo que atañe al DIPr (napoleónica, alemana, chilena y argentina), y la reglamentación de origen convencional<sup>129</sup>. El caso más significativo es el de México que, frente a un dilatado período de oposición al régimen convencional en la regulación de las cuestiones

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> La aprobación de este precepto fue saludada efusivamente por W. Goldschmidt, "Un logro americano en el campo del DIPr", *El Derecho* (Buenos Aires), nº 4.763, 24 de julio de 1979.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> K. Siehr, "Codificazioni del diritto internazionale privato e convenzioni internazionali", *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 497-507.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> E. Jayme, "Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 68-69.

<sup>&</sup>lt;sup>129</sup> Es de justicia señalar la especial sensibilidad a los problemas de interacción entre el Código civil y los Convenios internacionales suscritos por Uruguay que se registra en la obra de Q. Alfonsín, *Curso de Derecho privado internacional con especial referencia al Derecho uruguayo y a los Tratados de Montevideo de 1889. Teoría del Derecho privado internacional*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1955, esp. pp. 227 et seq.

del tráfico privado externo, inició a partir de 1975 una política de incorporación a tratados internacionales, preferentemente de carácter multilateral, que ha planteado en este país numerosos problemas de interacción con el orden jurídico interno<sup>130</sup>, problemas que no han sido ajenos de algún modo a los que se suscitaron en España tras el proceso de reforma política. En otros modelos, sin embargo, destaca el protagonismo de los denominados "Tratados de Montevideo"<sup>131</sup>, consecuencia de la euforia codificadora supranacional que desde la primera etapa de la independencia caracterizó a las Repúblicas latinoamericanas y que tuvo una cardinal proyección en el DIPr o, con la polémica entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio como telón de fondo<sup>132</sup>, el "Código de Bustamante", que confieren una singularidad al sistema de codificación internacional del DIPr en Latinoamérica.

### E) Repercusión de la obra de la Conferencia de La Haya de DIPr

**44.** Las Convenciones de La Haya de DIPr se han elaborado con un doble objetivo: proporcionar, de un lado, un marco jurídico a las transacciones privadas internacionales que involucran a las personas, las familias o las empresas, que ofrece un cierto grado de certeza en las soluciones; y, de otro lado, facilitar la solución ordenada y eficiente de los litigios transfronterizos, la buena gobernanza y el Estado de Derecho, en el respeto de la diversidad de tradiciones jurídicas<sup>133</sup>. A ello puede

<sup>130</sup> Son más de medio centenar de tratados internacionales vinculados al DIPr *latu sensu* que otorgan una nueva fisonomía al sector de los procedimientos de producción normativa existentes en México, *vid.* L. Pereznieto Castro, "El art. 133 Constitucional: una relectura", *Jurídica*, nº 25, 1994 y L. Ortíz Ahlf, "Comentarios sobre algunos problemas de Derecho internacional público que plantean las Convenciones de DIPr", *Memoria del XIII Seminario Nacional de DIPr*, México, UAM, 1992, pp. 176 *et seq*).

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Fruto de la labor realizada en una serie de "Congresos hispanoamericanos" que tuvieron lugar a partir de 1826 fueron los denominados "Tratados de Montevideo" de 1889, revisados en 1939-1940. *Vid.* M. Argúas, "The Montevideo Treaties of 1889 an 1940 and their Influence on the Unification of Private International Law in South America", en el Libro centenario de la ILA, *The Present State of International Law and Other Essays*, Kluwer, 1973, pp. 345-360.

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup>También en el Primer Congreso Jurídico Latinoamericano, que tuvo lugar en Lisboa en 1889, la polémica entre la ley de la nacionalidad y la del domicilio en la regulación de estatuto personal tuvo el principal protagonismo. *Vid.* M. Torres Campos, *Elementos de DIPr*, 4ª ed, Madrid, Librería de F. Fé, 1913, pp. 145-146.

<sup>133</sup>Vid.; G. Droz, M. Pellichet y A. Dyer, "La Conférence de La Haye de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son bureau permanent", Recueil des Cours, t. 168 (1980-III), pp. 213-268; R. Graveson, "Problems of the Hague Conference of Private International Law", Essays in honour of R. Ago, vol. IV, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 125 et seq.; M. H. van Hoogstraten, "La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye", Recueil des Cours, t. 122 (1967-III), pp. 337-435; id., "L'état présent de la Conférence de la Haye de droit international privé", The Present State of International Law (Libro centenario de la I.L.A.), Deventer, 1973, pp. 371 et seq; J.H.A. Van Loon, "Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye", Liber Memorialis François Laurent, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 1133-1150; A. E. von Overbeck, "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé", Recueil des Cours, t. 233 (1992-II), pp. 9-98; R. Viñas Farré, Unificación del DIPr. Conferencia de La Haya de DIPr, Barcelona, Bosch, 1978; W. von Steiger, "Konventionen oder Modellgesetze?", Ann. suisse dr. int., vol. 17, 1970, pp. 39 et seq.

agregarse una función importante como es la de constituir un instrumento esencia de apovo en la 134

En los últimos años, el número de Estados miembros de la Conferencia de La Haya casi se ha duplicado. Hoy participan como Estados parte en alguna de las Convenciones emanadas de esta entidad casi un centenar y medio de Estados de la comunidad internacional, lo que evidencia que existe una creciente demanda por parte de los gobiernos para la formación especializada y asesoramiento. Tal apoyo es muy a menudo esencial para asegurar los objetivos de las diferentes Convenciones, tales como la protección de niños o adultos que requieren una especial y continuada implementación y supervisión.

Pese a su importancia indiscutible, la repercusión de la obra de la Conferencia de La Haya DIPr en América latina<sup>135</sup> y, en particular en el área del Caribe, ha sido muy limitada si se exceptúa en caso de México o de Venezuela<sup>136</sup> y los territorios vinculados a Francia, Países Bajos y Reino Unido. En los últimos años el grupo caribeño se incrementaría con la integración de Costa Rica en 2011 a lo que se había añadido la incorporación de otros países de América latina como Paraguay en 2005 y Ecuador en 2007, fruto de un Programa Especial para América Latina de 2005.

Dicha ampliación tuvo la virtud de admitir la posibilidad de que los representantes de este círculo se expresaran en los debates en español, si bien este no llegó a constituir un verdadero idioma de trabajo. La invitación para participar a título de observador fue reiterada en la Decimoctava sesión de la Conferencia con ocasión de las deliberaciones de la Convención relativa 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 menores, que tuvieron lugar en octubre de 1996, asistiendo representantes de Colombia, Costa Rica, Ecuador, Paraguay y Perú.

**45.** Desde 2004 la Conferencia de La Haya ha manifestado una política de expansión destinada a las experiencias de integración regional en América Latina, Europa del Este, la región de Asia–Pacífico y en toda África, con miras a apoyar la aplicación efectiva y generalizada sus Convenciones. Para ello ha desplegado un amplio programa de actividades a nivel regional que fomentan la cooperación y la coordinación entre los Estados con lazos culturales, geográficos y lingüísticos especiales. A su vez, se trata de facilitar una adaptación más efectiva de los Convenciones de La Haya a la cultura legal en particular de entornos compartidos por los

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup>Vid.G. Vieira da Costa Cerqueira, "La Conférence de La Haye de droit international privé. Une nouvelle voie pour le développement du droit international privé des régionales Organisations d'intégration économique", Rev. dr. unif. / Unif. Rev. Law, vol. 12, n° 4, 2007, pp. 761-793.

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup>Vid. G. Parra-Aranguren, "The Centenary of the Hague Conférence on Private International Law", Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Basilea, Helbing und Lichtenhahn, 1993, pp. 111-112; D. Opertti Badán, The Relationships between Latin American and the Hague Conference regarding the Recent Developments od Private International Law,", A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 421-432..

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> Acerca de la admisión y aceptación de Venezuela *Vid.* G. Parra-Aranguren, "La Conferencia de La Haya sobre DIPr", *Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello)*, n° 37, 1986-87, pp. 204-205. Ni que decir tiene que España votó favorablemente dicha admisión.

Estados en una región. Después de las conclusiones y recomendaciones acordadas en diciembre de 2004 durante el Seminario de Jueces Latinoamericanos en el Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores de 1980, la Oficina Permanente consideró muy seriamente la necesidad de reforzar el funcionamiento de los Convenciones de La Haya en América Latina y de promover la participación de los Estados del área en las labores de la Conferencia de La Haya.

Esta iniciativa dio lugar en 2005 a la elaboración de un especial Programa para los Estados de América Latina con la colaboración de los Gobiernos de Argentina, EE UU y España y las contribuciones de varios otros Estados en el presupuesto suplementario, administrado por el Centro Internacional de la Conferencia de La Haya de Estudios Judiciales y Asistencia Técnica. En esencia, los objetivos de este programa tienden a fomentar: a) la participación de los agentes regionales y los Estados en los trabajos de la Conferencia de La Haya; b) la creación de redes entre los órganos, las autoridades centrales, los jueces de la Red de La Haya, las organizaciones internacionales y el sector académico; y, c) la accesibilidad de la información en relación con la Conferencia de La Haya a los actores en la región, promoviendo el conocimiento y las mejores prácticas en virtud de los Convenios de La Haya. También pretende el programa reunir información y llevar a cabo la investigación en la región de acuerdo con las necesidades de los la Oficina Permanente, asistir en el desarrollo y promoción de herramientas y guías de la Conferencia de La Haya (v.gr., INCADAT, INCASTAT, iChild, e-APP y guías de buenas prácticas, entre otros) para las personas y entidades encargadas de la aplicación de los Convenciones de La Haya, desarrollar e impulsar la labor de la Conferencia de La Haya en el idioma español y coordinar la asistencia técnica a los Estados de América Latina en el respeto de los entrenamientos y seminarios para jueces, funcionarios de gobierno, la Autoridad Central, funcionarios y otros profesionales responsables de la aplicación de las convenciones de La Haya.

Con carácter permanente, funcionarios, jueces, profesionales y académicos de la región están ahora en contacto con la Oficina de América Latina, que, o bien responde a ellos directamente o canaliza sus necesidades y solicitudes a la Oficina Permanente. Del mismo modo, muchas solicitudes abordadas desde la Oficina Permanente a la región se canalizan a través de la Oficina de América, que sirve como una fuente de información y un conducto regional para muchas de las iniciativas globales que se están desarrollando y se procesan en la Oficina Permanente.

Es muy difícil de medir con precisión los resultados de un programa que ha ido aumentando su alcance año tras año y que está completamente unido a todo funcionamiento de la Oficina Permanente. En particular, el personal de la Oficina Permanente ha sido altamente involucrado y / o ha participado directamente en muchas de las actividades que se han reportado en el presente documento. Sin embargo, tratamos de poner de relieve algunos avances concretos en la región durante los últimos siete años que están directamente vinculadas a la labor llevada a cabo por la Oficina de América Latina.

La participación de los Estados de América Latina en las actividades de la Conferencia de La Haya se realiza a través de la Oficina de América Latina e incluye la distribución de los cuestionarios, traducción de los documentos preliminares a la lengua española, el envío de los documentos y la financiación de los viajes con el

fin de facilitar la asistencia a eventos. Dicha Oficina facilita la participación de los delegados de la región en las reuniones internacionales, ayuda a los delegados y expertos con la obtención de información relevante y alienta el diálogo regional a través de conferencias telefónicas, reuniones regionales, preparación de propuestas conjuntas y documentos de trabajo para las reuniones mundiales.

**46.** Pese a lo anterior, del limitado ámbito de los instrumentos que están en vigoren el área OHADAC habla por sí sólo el hecho de que suelan referirse a cuestiones tales como legalización, procedimiento civil, sustracción de menores y, en función de las peculiares circunstancias que rodean a esta materia, la adopción internacional<sup>137</sup>. Y esta situación no ha variado sustancialmente aunque en los últimos años Costa Rica y República Dominicana se incorporaron a la Convención de de 5 de octubre de 1961 sobre la apostilla y este último país y Cuba suscribieron la Convención de 29 de mayo de 1993 relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de cooperación internacional. Asimismo, la República Dominicana es parte de la Convención de 19 de octubre de 1996 relativa 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.

A los inconvenientes anteriores basados en la limitación de la materia regulada se añade la insuficiencia de un desarrollo auténtico de los mecanismos de asistencia judicial internacional y de coordinación entre autoridades extrajudiciales que faciliten al operador jurídico la realización de los propios postulados previstos en las Convenciones. Dicho en otros términos, la aplicación de estos instrumentos es costosa económicamente, pues muchas veces son un punto de partida que debe contar con una adaptación de desarrollo a nivel interno y en ningún caso son autosuficientes para resolver los problemas del tráfico privado externo que en ellos se regulan. De ahí que la incorporación de un Estado no deba de hacerse sin atender a los ulteriores problemas que puede plantear su aplicación en el orden jurídico interno que, muchas veces, requieren una dotación presupuestaria muy importante 138.

Una tercera limitación se centra en la política de bloques que se observa en la Conferencia de La Haya y se traduce en un relativismo espacial en orden a la eficacia de las Convenciones que de ella derivan, como evidencia la acción del denominado "Grupo europeo de DIPr" y de la propia UE. Dicho grupo no solamente despliega su influencia *ad extra* de la propia Conferencia sino que, inevitablemente, posee una subliminal posición de fuerza dentro de la misma. Por el momento, esta posición se centra preferentemente en la materia patrimonial, mas la ampliación de las materias que propicia la cooperación en materia de justicia civil que ofrece el "Tercer Pilar" diseñado en Maastricht, y las nuevas posibilidades que experimenta la armonización del Derecho de familia en Europa, pueden ser indudablemente un nuevo factor de particularismo regional y, por tanto, de alejamiento.

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Precisamente en esta materia y en función de la importancia de muchos países latinoamericanos como "Estados de origen" de menores susceptibles de ser adoptados, se produjo una ampliación con carácter extraordinario de la Conferencia de la Haya de DIPr a Estados no miembros.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Con carácter general *Cf.* J.H.A. van Loon, "The Increasing Significance of International Cooperation for the Unification of Private International Law", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law*, Deventer, 1990, p. 102.

47. Por último el eventual encuentro entre las tareas codificadoras realizadas a los dos lados del Atlántico, cuando ambas abarcan a la misma materia, puede quedar cercenado por el juego de las cláusulas de incorporación a las Convenciones centradas en el sector específico del "conflicto de leyes", pues alguno de estos instrumentos gestados en la Conferencia de La Haya a partir de 1961 contienen cláusulas de aplicación universal que excluyen cualquier condición de reciprocidad. Ello, que sin duda ofrece grandes ventajas en pro de la unificación de las normas de conflicto, puede propiciar, al margen de los problemas de interacción con las normas del DIPr de fuente estatal y de su incorrecto empleo por los Tribunales de justicia, un alejamiento en las relaciones que estamos examinando. Situación esta que puede imposibilitar al Estado que se ha obligado por una Convención *erga omnes* a incorporarse a otra Convención de este tipo sobre la misma materia<sup>139</sup> o a diseñar estrategias propias para el DIPr estatal.

Existen, por el contrario, importantes factores de aproximación. Uno de ellos, como puede suponerse, estaría constituido por la aceptación del español como idioma de trabajo. Siendo en su origen la francesa la única lengua oficial, la entrada de los EEUU en la Conferencia, primero como observador y luego como miembro motivó la incorporación del inglés, aunque en un principio el texto francés de las Convenciones debía prevalecer en caso de divergencia. Esta situación, que contradice el carácter universal de esta institución aunque se justifique en obvias razones económicas, no ha sido pacífica<sup>140</sup>. Otro factor de aproximación, por poco relevante que pueda parecer, es el de la traducción al español de los convenios a partir de un lenguaje común aceptado por todos los países iberoamericanos. Bien entendido que el único texto auténtico de las Convenciones emanadas de la Conferencia es el francés y el inglés. Esta cuestión no ha sido nueva en la Conferencia pues Alemania, Austria y Suiza han solido presentar un texto común e indudablemente es un factor que no solo evita que proliferen horrendas traducciones privadas, sino que favorece la aplicación de las Convenciones en los Estados miembros al evitar que circulen versiones distintas<sup>141</sup>. Tras una serie de iniciativas de carácter informal en 1989 tuvieron lugar en La Hava dos reuniones de delegados de lengua española que comenzaron los trabajos preparatorios de revisión de los textos en dicha lengua. El año siguiente y gracias a los auspicios del Ministerio de Asuntos Exteriores español tuvo lugar en Madrid una nueva reunión que sentaría las bases definitivas para una futura traducción unificada de los Convenciones de La Haya en español<sup>142</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup>Sobre el juego de estas cláusulas universales en el proceso codificador *Vid.* G.A.L. Droz, "Regards sur le droit international privé comparé (Cours général de droit international privé)", *Recueil des Cours*,t. 229 (1991-IV), p. 391 y J.D. González Campos y A. Borrás, *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr* (1951-1993). *Traducción al castellano*, Madrid, M. Pons, 1996, pp. 21-24.

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup>Vid. G. Parra-Aranguren, "La Conferencia de La Haya...", loc cit.,p. 216.

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 218-220

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup>. *Cf.* A. Borrás, "Unificación de la traducción al castellano de los Convenciones de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 703-705. Debe recordarse que el VII del IHLADI había propugnado la elaboración de un vocabulario jurídico internacional de la Comunidad hispano-luso-americano-filipina (*Anuario IHLADI*, vol. 4, 1973, p. 692-693).

#### F) Repercusión de la obra de la CIDIP

**48.** El proceso de codificación del DIPr en el ámbito interamericano ha sido una de las actividades jurídicas permanentes de los Estados de la zona desde las últimas décadas del siglo XIX. Esta labor ha asumido distintas variantes institucionales y hasta hace unos años ha sido protagonizada por medio de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre DIPr (CIDIP). Tras el inicio de esta nueva etapa codificadora en América las preocupaciones esenciales se han dirigido, de un lado, a la coordinación de los esfuerzos en el sentido de no aprobar instrumentos contradictorios; y, de otro lado, a la contemplación de la influencia mutua entre los distintos procesos, en presencia, señaladamente el gestado en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr.

Entre los antecedentes de esta Conferencia es obligado referirse a la Carta de Bogotá aprobada en 1948 que creó un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar, en la medida de lo posible, la uniformidad de las legislaciones americanas. Durante la Tercera Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Buenos Aires en 1967, la competencia del Consejo fue transferida a otro organismo, el Comité Jurídico Interamericano (CJI)<sup>143</sup>, cuya misión es "promover el desarrollo progresivo y codificación... del Derecho internacional... y estudiar los problemas jurídicos referentes a los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente" (art. 105 Carta OEA). Durante los años cincuenta, los esfuerzos de los organismos técnicos de la OEA se orientaron a explorar la posibilidad de armonizar los criterios de selección del Derecho aplicable adoptados por el Código Bustamante con aquellos incorporados en los Tratados Sudamericanos de DIPr y el Restatement of the Law of Conflicts of Laws preparado por el American Law Institute, sin embargo estos esfuerzos no se vieron coronados por el éxito. Baste atender a que un proyecto de Código elaborado por el CJI no contó con el apoyo de los Estados Miembros de la Organización. Ello movió al CJI a abandonar el enfoque global de la codificación de esta disciplina legal y iniciando una segunda etapa, en la cual predominó la codificación sectorial del DIPr a explorar otras posibilidades, en concreto a la elaboración de una serie instrumentos referidos a os aspectos más importantes, sustantivos y procesales, de las relaciones del tráfico privado externo. Así las cosas en 1971 la Asamblea General de la OEA decidió convocar la Primera Conferencia Interamericana Especializada de DIPr Privado (CIDIP-I)<sup>144</sup>, que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 de enero de 1975, dando comienzo a una importante labor codificadora del DIPr en el continente americano.

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup>Vid. J. R. Vanossi, "El Comité Jurídico InterAmericano (reseña de su historia y de su obra)", *Revista El Derecho* (Buenos Aires), vol. 118, pp. 771-783.

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Debe tenerse presente que Conferencias de este tipo fueron establecidas por el Capítulo XVIII de la Carta de la OEA. Son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana. Se celebran cuando lo resuelve la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los Consejos u Organismos Especializados.

Las CIDIP han sido el mecanismo utilizado durante los últimos años para tratar cuestiones de DIPr con relativo éxito. Una de las características principales de las CIDIP es que los temas propuestos para consideración por una conferencia determinada son las recomendaciones presentadas por la CIDIP anterior. Los temas propuestos pasaban a ser estudiados en reuniones de expertos, que examinaban esos aspectos altamente especializados del DIPr.

**49.** El obligado panorama de la obra de la Conferencia registra lo siguiente. La CIDIP-I, celebrada en la Ciudad de Panamá en 1975, adoptó las siguientes seis convenciones sobre comercio internacional y Derecho procesal: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia Recepción de Pruebas en el Extranjero; la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser usados en el Extranjero<sup>145</sup>. La II Conferencia tuvo lugar en Montevideo en 1979, y también contó con importantes resultados, pues se elaboraron ocho convenios de codificación: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leves en materia de Cheques, la Convención Interamericana Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas; la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el DIPr, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias. La III Conferencia se convocó en La Paz, en 1984, con resultados algo más modestos: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el DIPr, la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Montevideo fue la sede de la IV Conferencia, que se celebró en 1989 que adoptó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, y la Convención Interamericana sobre Contratación de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera. La CIDIP-V, celebrada en la Ciudad de México en 1994 y adoptó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales, y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Registrando

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup>Vid. R. Abarca Landero, "Convenciones interamericanas en materia procesal. Panamá, 1975", Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles, México, U.N.A.M., 1982, pp. 613-678; T. B. de Maekelt, Conferencia especializada de Derecho internacional privado (CI-DIP I), análisis y significado de las convenciones aprobadas en Panamá, 1975, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979; G. Parra Aranguren, "La Primera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado (Panamá, 1975)", Libro-homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez- Covisa, Caracas, Ed. Sucre, 1975, pp. 253-277.

una cierta crisis institucional la CIDIP-VI, celebrada en la sede de la OEA en Washington DC en 2002, adoptó la Ley Modelo Inter-Americana sobre Garantías Mobiliarias, la Carta de Porte Directa Uniforme Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, y la Carta de Porte Directa Uniforme No-Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera. Por último la Séptima Conferencia de DIPr (CIDIP-VII) se convocó en junio de 2003 y se aprobaron los temas de protección al consumidor y registros electrónicos.

Con una acertada visión y pese a la tradición común americana y a la existencia de una copiosa labor de codificación anterior, la CIDIP ha dado muestra de un extraordinario realismo, se ha decantado por un claro rechazo hacia una codificación de conjunto del DIPr para detenerse en aspectos concretos de interés para las relaciones del tráfico privado externo de los Estados parte; estamos ante lo que pudiera calificarse de "descodificación" del DIPr convencional 146. De otra parte, e inevitablemente, ha experimentado un cierto mimetismo con la Conferencia de La Haya de DIPr en las técnicas de codificación y en el modo de enfrentarse a los problemas concretos<sup>147</sup>. Probablemente la pertenencia de varios países americanos a dicha Conferencia, cuya vocación de universalidad es manifiesta, ha condicionado esta obra de codificación paralela. No existe, sin embargo, tal similitud en cuanto a la agenda de trabajo y a la materia codificada. Mientras que en La Haya se contempla el "contenido" del DIPr stricto sensu, en la CIDIP este es mucho mayor, pues incluye cuestiones propias del Derecho del comercio internacional (letras de cambio, pagarés, facturas, cheques, arbitraje, sociedades mercantiles y transporte internacional de mercaderías por carretera) 148 y muestra una tendencia expansiva en el sentir de ciertas delegaciones. En cualquier caso, como en la propia Conferencia de La Haya<sup>149</sup>, los mayores éxitos desde la perspectiva de la incorporación de los Estados a los Convenios se registran en el ámbito del Derecho procesal civil internacional y, en particular en el sector de la asistencia judicial internacional.

Debe dejarse constancia que los trabajos en la CIDIP reflejan un protagonismo muy marcado de tres países (México, Venezuela y Uruguay), limitándose el resto a una actuación bastante pasiva que se traduce en una distorsión entre el esfuerzo codificador realizado y el número de Estados que se incorporan a los Convenios que van surgiendo de la Conferencia.

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup>Vid. D. Opertti Badán, "L'oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel", *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya, Nijhoff, 1996, pp. 269-286.

<sup>&</sup>lt;sup>147</sup>Vid. D. Opertti Badan, "Unification of Laws in the Western Hemisphere: The Contribution of the Organization of the Organization of American States", *Rev. dr. unif.*, 1981, pp. 60-67.

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup>Vid. R. Eyzaguirre Echeverría, "Los problemas del Derecho comercial en el DIPr interamericano", XII Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano, 1990, pp. 241-259.

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup>Cf. J.C. Fernández Rozas, "La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de DIPr", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 83-84.

## G) Inadecuación e insuficiencia del Código Bustamante

50. El Código fue adoptado por la Sexta Conferencia Panamericana y gestado en un momento histórico todavía dominado por una cierta euforia internacionalista, que quedaría cercenada tras la crisis económica de 1929. Su pretensión era reunir en un solo texto todas las materias que por aquella época se consideraba que formaban parte del contenido del DIPr; por esa razón se estructuró en cuatro Libros relativos a las materias civil, la más extensa sin duda, mercantil penal y procesal respectivamente, que iban precedidos de un título preliminar. Ello dio lugar a un texto de extraordinaria heterogeneidad material y de una desmedida extensión (437 artículos) que, en muchos casos, desbordó la mera labor unificadora de la práctica existente hasta entonces, incorporando la ordenación de numerosas materias sobre las cuales no existía practica alguna en la jurisprudencia de los estados parte. Esta última faceta confirió al Código un carácter que penetró en una perspectiva de desarrollo progresivo de las normas con un importante componente académico y una vinculación a regular cuestiones que corresponden por entero al Derecho internacional público (v.gr., extradición) por entrar de lleno en materias propias de la soberanía estatal.

La presencia de los Estados latinoamericanos en ese instrumento es limitada: aceptación total (Cuba, Guatemala<sup>150</sup>, Honduras, Brasil, Haití, República Dominicana, y Venezuela<sup>151</sup>), ratificación con reservas indeterminadas y subordinación a la legislación interna (Bolivia, Costa Rica<sup>152</sup>, Chile<sup>153</sup>, Ecuador y El Salvador) y alejamiento total (Argentina, Colombia, México<sup>154</sup>, Paraguay y Uruguay). Ello da lugar, sin duda, a discrepancias notorias, que se vinculan a una dimensión propia del Derecho internacional público en sus relaciones con las Constituciones nacionales que, lamentablemente, está poco desarrollada desde una dimensión compara-

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> Código de Derecho internacional privado aprobado por Decreto 1575 de la Asamblea Legislativa y publicado el 31 de agosto de 1929. En el momento de la firma de la Convención la Delegación de Guatemala dejó constancia "de su aceptación absoluta y sin reservas de ninguna especie" del Código Bustamante.

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup> Los problemas generales de aplicación del Código Bustamante en Venezuela y, en particular, su primacía sobre el Derecho interno y el ámbito de las reservas formuladas por este país se detalle en J. Samtleben, "La aplicación del Código Bustamante en Venezuela", *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1975, pp. 329-333.

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup> Ratificado por Costa Rica por Decreto No.50 del 13 de diciembre de 1928 del "Congreso Constitucional", avalado por el Poder Ejecutivo el 4 de febrero de 1930.

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> La Convención fue aprobada por el Congreso Nacional con la siguiente reserva "Apruébase el Código de Derecho Internacional Privado, subscrito el 20 de febrero de 1928 en la VI Conferencia Internacional Americana de La Habana, con reserva de que, ante el Derecho chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros". Se incorporó como Ley de la República el 10 de abril de 1934.

<sup>154</sup> México posee frente a este instrumento una posición peculiar por haberlo votado y aprobado sin reserva alguna pero no haber llegado a ratificarlo. *Vid.* una comparación entre el sistema mexicano y el Código Bustamante para observar su eventual compatibilidad ante un eventual proceso de armonización del DIPr latinoamericano en E. Helguera, "El DIPr mexicano y el Código Bustamante", *Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Hamburgo, 1962), México, UNAM, 1962, pp. 29-47.

tista. Como puede observarse, dentro del área OHADAC la aceptación total del Código sólo es efectiva en Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá. Fue ratificado con reserva de algunos artículos por Haití, República Dominicana y Venezuela; y, ratificado con reservas indeterminadas y subordinación a la legislación interna por Costa Rica. La considerable repercusión que ha tenido en la zona del Caribe el Código Bustamante y su amplia difusión obliga a realizar una serie de reflexiones sobre el mismo.

**51.** Vaya por delante que es de total justicia resaltar el importante valor de este Código, que ha llegado a instaurarse como un auténtico monumento jurídico. Más aún, ha sido uno de los más importantes instrumentos jurídicos del siglo XX y supuso en su día la culminación de una ingente tarea que debe ser debidamente reconocida y valorada. También ha sido uno de los instrumentos más aceptados en los países centroamericanos, del Caribe latino y del norte y centro de Suramérica y puede decirse que instituyó un desarrollo convencional subregional de grandes dimensiones. Para la época, constituyó un gran acuerdo entre los Estados que lo acogieron sobre las soluciones para resolver los conflictos de leyes en sus sistemas jurídicos. Es un instrumento de codificación general del DIPr, cuya autoridad científica se fundamenta en la gran atención que siempre ha despertado en las obras de DIPr escritas en América, donde figura como un documento esencial para comprender, en la práctica, la aplicación del DIPr<sup>155</sup>. Con su entrada en vigor, los Estados referidos se convirtieron en Estados pioneros en la utilización de la normativa adecuada en casos con elementos de extranjería y también en el desarrollo y avance del DIPr<sup>156</sup>

El Código ha sido el punto de referencia obligado de todas las construcciones de DIPr que se ha realizado en América latina en un período de casi un siglo, y en otros círculos jurídicos 157, con repercusiones esenciales en ciertas instituciones esenciales como la relativa a la aplicación judicial del Derecho extranjero. De esta suerte ha constuido en ocasiones una fuente de solución de los problemas del tráfico externo utilizada por tribunales de países que no participaban en este magno proyecto, mientras que en otras la jurisprudencia nacional en la interpretación y

<sup>&</sup>lt;sup>155</sup> J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante*, vol. I .*Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 178-189.

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> T. de Maekelt, "El futuro del nuevo Derecho Internacional Privado venezolano en el próximo Siglo", *Revista Mexicana de DIPr*, nº especial, 2000,p. 65.

<sup>157</sup> España estuvo muy cerca de incorporarse al mismo durante los años de la Segunda República: Vid. I. Beato Sala: "Sobre la accesion o adhesión de España al Código americano de DIPr, denominado 'Código Bustamante'", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 167, 1935, pp. 603-616; F. de Castro, ¿Debe adherirse España al Código Bustamante?", Revista de Derecho Privado, vol. XXII, 1935, pp. 1-6; id., "De nuevo sobre la pretendida adhesión de España al Código Bustamante", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. XII, 1935, pp. 306-307; M. de Lasala Llanas, "Posibilidad de la accesión de España al Código americano de DIPr ('Código Bustamante')", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. XXI, 1934, pp. 221-228; id., "¿Puede adherirse España al Código Bustamante?", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, vol. XXII, 1935, pp. 217-221. G. Parra Aranguren: "El Código Bustamante: su vigencia en América y su posible ratificación por España", Libro homenaje al Doctor L. Loreto, Caracas, 1975, pp. 201-282; J. Quero Molares, "La adhesión de España al Código americano de DIPr", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 165, 1934, pp. 695-721.)

aplicación de sus preceptos ha ofrecido soluciones tan dispares que reclaman una obra unificadora en un afán de superación.

Como toda obra humana tiene su tiempo, el Código no ha podido resistir el paso de los años. Es el fruto de una época en la que dominaba la concepción publicista del DIPr que consideraba que este era una parte del Derecho internacional público, pues daba respuesta a un conflicto de soberanía entre los Estados, está impregnado de una concepción fuertemente el "euro—céntrica" en la que el principio de la nacionalidad era un postulado esencial, frente a otras concepciones contrarias que habían arraigado muy sólidamente en América latina y responde a unas circunstancias especiales de las transacciones económicas internacionales que tenían lugar en los años postreros de la Sociedad de las Naciones, muy diferentes de las actuales. Consideraciones similares se encuentran en la Exposición de Motivos de la Ley DIPr venezolana, en el sentido de que la "experiencia nos muestra, en efecto, que las normas contenidas en una serie de disposiciones legislativas aisladas pero congruentes y aún en un texto orgánico tan extenso y comprensivo, como el Código Bustamante, han tenido una vida latente y han carecido de verdadera significación real".

**52.** Desde la perspectiva de la técnica de reglamentación utilizada por el Código no debe olvidarse que se trata de una Convención internacional, con todos los inconvenientes que un instrumento de este tipo entraña para una ordenación de las situaciones privadas internacionales, presidida por la seguridad jurídica. Como toda Convención, el Código Bustamante está sometido a las reglas generales que regulan los tratados internacionales, y por tanto, antes de proceder a la aplicación de sus preceptos, es necesario responder a cuatro interrogantes previos.

En primer lugar, si la materia objeto del litigio entra dentro de su ámbito de aplicación material o, por el contrario, si deben ser aplicadas las normas internas en caso de vacío normativo. En segundo lugar, la determinación del momento en que se aplica el Código y si sus disposiciones pueden aplicarse con carácter retroactivo a situaciones jurídicas prestadas con anterioridad a su entrada en vigor. En tercer lugar, si el Estado está involucrado en la relación jurídica controvertida, pues el Código Bustamante no contiene, al contrario de los modernos instrumentos internacionales reguladores del DIPr normas de carácter erga omnes, y sólo se aplica en el marco de las relaciones entre los Estados miembros; dicho en otros términos, y es importante insistir en ello, no se trata de un instrumento internacional de unificación. Por último, como toda norma convencional, el Código es susceptible de entrar en colisión con tratados sucesivos concernientes a la misma materia suscritos por los Estados parte y semejante colisión debe ser solucionada en la mayoría de las ocasiones por los tribunales de justicia. Si en los primeros años del siglo XX la existencia de un convenio internacional en materia de DIPr era el único cauce posible, en la actualidad esta técnica ha quedado ampliamente superada. Muchas de estas cuestiones han tenido una respuesta oportuna en la jurisprudencia, que ha evidenciado reiteradamente la inadecuación del Código como instrumento de regulación global del sistema de DIPr.

A ello debe añadirse el carácter anticuado de muchas de las soluciones contempladas en el apartado relativo al Derecho de los negocios internacionales. El tratamiento de la autonomía de la voluntad del régimen de los contratos internacionales ha quedado totalmente sobrepasado por los acontecimientos, lo que convierte la reglamentación del Código en totalmente obsoleta en este importante sector de las transacciones comerciales internacionales. Y lo propio cabe decir de la ordenación del arbitraje, que a partir de la obra de la UNCITRAL ha caminado por otros derroteros. Si, en su época, el Código constituyó una posición avanzada en la consideración de los problemas de tráfico externo, casi un siglo después en el curso del cual la economía mundial ha cambiado sustancialmente, orientándose hacia una aceptación prácticamente total de un mercado globalizado, gran parte de sus respuestas no se acomodan a la realidad presente.

**53.** La difusión del Código y su objetivo unificador en toda América latina no guardó relación con las expectativas que había declarado. Incluso distinguidos juristas latinoamericanos han considerado que el código no ha pasado de ser más que una simple declaración de buenas intenciones, que su valor práctico y sus resultados son poco significativos. Y a ello hay que añadir que, como se verá a continuación, ha tenido una aplicación muy limitada y singular en los Estados que realizaron reservas generales

En efecto, es muy importante tener en cuenta que algunos de los Estados firmantes no llegaron a incorporarse a este convenio internacional como fue el caso de Argentina, Paraguay, Uruguay, Colombia y México, ciertamente por motivos muy diferentes pero, en todo caso, por la no aceptación de una ley personal distinta a la del domicilio; es significativa la posición de Colombia que manifestó una preferencia especial por la doctrina, "genuinamente americana" del domicilio. Otros Estados como Brasil, Haití, Venezuela, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador formularon reservas de mayor o menor importancia (la reserva venezolana afectó ni más ni menos que a 44 artículos) a la aplicación de este instrumento. Consecuentemente la aceptación generalizada del Código involucró únicamente a un pequeño número de países: Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú. En términos generales puede afirmarse que este instrumento rige en las relaciones en un número muy limitado estados de América latina y que su puesta en marcha está condicionada muy frecuentemente por el juego de las reservas en orden a su ámbito de aplicación.

Como puede observarse de la doctrina extraída de los tribunales caribeños el Código Bustamante no ha tenido una aplicación práctica significativa limitándose a ser una referencia utilizada en ocasiones por las partes como complemento para justificar en Derecho una determinada pretensión (contrariedad al orden público, mantenimiento de la posesión al poseedor inquietado, domicilio de los diplomáticos en el extranjero, derechos sucesorios...) junto a los preceptos constitucionales o las disposiciones de la normativa internacional de derechos del hombre.

## III. Diseño de una Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado

#### 1. Cuestiones de técnica legislativa

**54.** Cualquier sistema jurídico de base Estatal a la hora de la reglamentación de las relaciones privadas internacionales no puede mantenerse constreñido a soluciones normativas producto exclusivo del legislador interno, muchas veces desfasadas e inadecuadas a la realidad jurídica actual. Precisa, por el contrario, una acomodación a las realizaciones concretas que se producen en la comunidad internacional y más en concreto a los países de su entorno más inmediato. Por otro lado, la globalización genera la necesidad de unos bloques normativos de nuevo cuño que permitan superar los problemas tradicionales de las fuentes del DIPr a través de soluciones uniformes de carácter material. La necesidad armonización del DIPr se basa en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas, incluso en un marco geográfico, como el de la OHADAC.

Unificación y armonización son términos que poseen distinto alcance. Con un carácter más flexible la armonización no implica la necesaria adopción de un texto concreto, sino que comporta una aproximación de conceptos jurídicos que puede realizarse a través de instrumentos diversos tales como la puesta en práctica de una "ley modelo"; esta flexibilidad lleva a estimar que constituye una etapa intermedia entre los resultados de la comparación de ordenamientos y la unificación propiamente dicha 158; nos encontramos ante un proceso mediante el cual se tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del Derecho interno de los Estados, para conferir previsibilidad a las relaciones del tráfico jurídico externo. Por el contrario la unificación requiere la existencia de un texto común, bien sea una "convención" o una "ley uniforme", que resulta de directa aplicación para el operador jurídico; esto es, un proceso mediante el cual los Estados aprueban normas o regímenes jurídicos comunes para regular determinados aspectos de las relaciones del tráfico privado externo.

Nos movemos en este ámbito en un contexto caracterizado por una interdependencia económica derivado del denominado diálogo Norte–Sur y, en la perspectiva jurídica, por una dialéctica entre países del *common–law* y de Derecho romano–germánico; esto es, en una dimensión universal donde la solidaridad regional queda superada por las corrientes de unificación universal<sup>159</sup>. Se trata de un terreno abonado para insistir, con todas las reservas que ello entraña, en la idea de "familia" que se proyecta de algún modo ante las instancias internacionales de codificación del DIPr. Y la resultante no es otra que la fuerte tendencia hacia la armonización

<sup>&</sup>lt;sup>158</sup> M. Mateucci, "Les méthodes de l'unificaton du droit", *Annuaire de l'Unidroit*, 1956-II, pp. 40 *et seq*; M. Ancel, "Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits", *Rev. int. dr. comp.*,vol. 23, n°4, pp. 933-935.

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup>Cf. A.M. Garro, "Armonización y unificación del Derecho internacional privado en América latina: esfuerzos, tendencias y realidades", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 347-350.

internacional de este sector del ordenamiento jurídico. Desde esta especial perspectiva, la armonización se presenta como una nueva realidad de la cooperación en materia de Derecho privado que trata de superar las insuficiencias de las soluciones jurídicas tradicionales a través de unas normas de conflicto de leyes y de jurisdicciones armonizadas, como medio de conexión entre los diversos ordenamientos nacionales. Los procesos de descodificación, la creación cada vez mayor de leyes especiales por parte de los países y el aumento del particularismo ha traído consigo la existencia de un conjunto de normas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinadas a disciplinar los aspectos jurídico—privados de las relaciones comerciales internacionales.

55. La armonización internacional del DIPr plantea unas cuestiones peculiares sobre las que resulta menester detenerse, siquiera sea de pasada. En primer término, la codificación requiere un momento favorable para ponerla en marcha 160. Si la codificación operada en el seno de la Sociedad de las Naciones fue limitada y se caracterizó por la escasa participación de Estados en los Convenios de DIPr emanados de ésta, no debe olvidarse que las secuelas de la crisis de la Bolsa neoyorquina tuvieron una incidencia decisiva en este hecho; y, por sólo citar otro ejemplo, si la codificación del Derecho del comercio internacional ha experimentado un serio retraso, éste último debe ponerse en relación con la crisis energética de los años 1973 y 1978 y con su repercusión en el contexto del denominado "Nuevo Orden Económico Internacional". En segundo lugar, a estas razones de índole económica se unen otras de carácter institucional no menos desdeñables, en concreto, la inexistencia de un Parlamento internacional, lo que obliga a vincular la codificación internacional al fenómeno de las Organizaciones internacionales y, más concretamente, a las de carácter regional donde, por lo general, los particularismos son menos acusados, con lo que la posibilidad de éxito aumenta.

La codificación internacional del DIPr requiere, además, una técnica adecuada que junto al tradicional empleo la del Convenio internacional, puede adoptar distintas modalidades: leyes uniformes, leyes modelo, etc. 161, a las cuales ya nos hemos referido. Precisa también que se cumplan una serie de exigencias en sus distintas fases; en concreto, respecto de la elección de las materias que se pretenden codificar, en la elaboración de los textos preparatorios, en la elección de los "relatores especiales" en el debate plenario, en la adopción del texto definitivo y, en fin, en el momento decisivo de la adopción total o parcial por los Estados del texto resultante. Crucial en esta perspectiva técnica es la elección del cauce normativo idóneo: un tipo propio en el caso de los sistemas de integración avanzados (como en la UE puedan ser la directiva o, en especial, el Reglamento), una convención internacional o un instrumento de los llamados de *soft law*, como pudiera ser una ley marco o una "ley modelo". En ausencia de un tipo normativo propio, este último cauce, la ley modelo, parece preferible al del empleo del soporte convencional para garantizar un resultado codificador que siempre exigiría el consentimiento por parte de los

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup>R. de Nova, "Current Developments of Private International Law", Am. J. Int'l.L., vol. 13, 1964, pp. 542 et seq.

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> G.A.L. Droz, "La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit: Traités internationales ou lois modèles?", *Rev. int. dr. comp.*, 1961, pp. 507-521.

Estados de quedar obligados por el Convenio en cuestión. Y ello sin olvidar que si la materia seleccionada está fuertemente impregnada por las particulares concepciones de un reducido grupo de Estados, el texto final puede no llegar a adquirir el número suficientes de ratificaciones, adhesiones, etc., necesarias para su entrada en vigor.

Debe añadirse a los condicionamientos descritos que para que la codificación internacional tenga eficacia es preciso que las autoridades del país o países implicados presten su obligado concurso en dos dimensiones distintas. En primer término, las instituciones internas deben acomodarse a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado; esto es, una estrecha coordinación entre lo codificado y los medios estatales para su puesta en práctica. En segundo término, y esto es algo común a cualquier empresa codificadora, se precisa voluntad política; real voluntad política de enfrentar con decisión la codificación, tomando conciencia de su importancia, tal cual hemos reflejado en las páginas anteriores. En tercer lugar, una armonización auténtica únicamente puede conseguirse a partir de un texto que incorpore un lenguaje jurídico familiar, generalmente aceptado, que propicie una aplicación e interpretación judicial igualmente uniforme y que tome conciencia de que se dirige a superar el particularismo y no a garantizarlo, con todo lo que ello supone de renuncia y, en su caso, de moderación en la utilización de recursos generalmente admitidos, como pueda ser el orden público estatal.

## 2. Metodología codificadora

#### A) Problemas de la uniformidad y diversidad de técnicas normativas

56. El particularismo, la necesidad de un ahondamiento metodológico y los intereses hegemónicos no son los únicos problemas en presencia. Como hemos señalado, resulta de suma importancia acertar con las técnicas de codificación. Al margen de las experiencias que únicamente son factibles en determinados círculos jurídicos que cuentan, además, con procedimientos de interpretación uniforme, los cauces tradicionales de la unificación han mostrado sobradamente sus insuficiencias, señaladamente los instrumentos basados en Leyes Uniformes que se han declarado las más de las veces impotentes frente a la tendencia irresistible de los Estados al particularismo. Por eso conviene no sacralizar el proceso de unificación internacional y mucho menos su formalización a través de un procedimiento de producción normativa de nivel internacional: la solución uniforme no tiene por qué ser necesariamente la mejor y las construcciones basadas en su supuesta bondad por descansar, pura y simplemente, en un texto internacional deben aceptarse con muchas reservas<sup>162</sup>. El fenómeno de la unificación, heredero del postulado de la armonía internacional de soluciones, no es un fin en sí mismo, no es un valor abstracto. Únicamente puede calificarse de positivo si ofrece soluciones adecuadas y mejor adaptadas de las que se encuentran en las normas internas; si, en rigor, sirven para clarificar y racionalizar las soluciones internas.

<sup>&</sup>lt;sup>162</sup> Resulta expresiva de esta idea la vieja afirmación de M. Mateucci, de que la unificación jurídica es el fin de toda fuente internacional. *Cf.* "Introduction à l'étude systématique du droit uniforme", *Recueil des Cours*, t. 91, 1957, pp.388-389.

Cualquier esfuerzo unificador del Derecho no debe ser concebido solamente en términos apriorísticos e idealistas; en tal caso la labor está llamada al fracaso y se reduce a una mera especulación de carácter dogmático. Si por el contrario el fenómeno responde a unos intereses concretos o, mejor, a una acomodación de intereses recíprocos por parte de los Estados que inician este particular proceso, los resultados son mucho más eficaces y la unificación adquiere carta de naturaleza. Por ello existen sectores jurídicos, como el DIPr, en los cuales la unificación es consustancial no solo desde el plano normativo sino en el de la aplicación judicial. Se trata de una situación muy centrada en el especial momento en que vivimos y ya se perciben realizaciones concretas en sectores jurídicos que hasta la fecha habían quedado relegados del movimiento unificador. Dichas realizaciones previsiblemente cambiarán el panorama y, con ello, producirán un giro copernicano en las técnicas de codificación y, por ende, en los resultados unificadores.

57. Es indudable que el Derecho uniforme es una técnica de reglamentación válida para la unificación del DIPr, en la medida en que garantiza como ninguna otra la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos 163. No obstante, resulta menester realizar una serie de consideraciones previas de carácter delimitador. Por un lado, ha de atenderse al volumen de coordinación pretendido, que puede ser diverso a partir de la distinción entre la simple armonización normativa, en la que se percibe únicamente la existencia de una serie de principios reguladores aunque se mantiene la diversidad entre las reglamentaciones en presencia, y la unificación propiamente dicha<sup>164</sup>. Por otro lado, debe distinguirse entre esta última, que está integrada por un conjunto de normas adoptadas por un grupo de Estados que mantiene una voluntad común de someterse a una misma reglamentación en determinadas relaciones jurídicas, y el Derecho unificado que hace referencia al resultado normativo en el que desemboca un proceso de unificación del Derecho, que puede materializarse a través de distintos cauces: Leyes Modelo, Leyes Uniformes, tratados de unificación y, en determinados círculos jurídicos con un alto grado de integración, ciertos instrumentos propios que, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea pueden adoptar distintas fórmulas como, especialmente, Directivas y Reglamentos. A partir de aquí, el Derecho uniforme no sería otra cosa más que el Derecho unificado a través de único procedimiento: la Ley Uniforme, instrumentalizada siempre a través de un tratado internacional<sup>165</sup>.

Los mayores resultados alcanzados por la unificación del Derecho se han producido cuando ésta ha intervenido en la regulación de la vida internacional de los individuos. Es decir, cuando ha operado sobre la realidad misma del DIPr, si bien con fórmulas distintas de los postulados clásicos con los que éste fue elaborado. Estamos ante una técnica de reglamentación que, pese a nacer ajena al DIPr, constituye un instrumento muy importante para la solución de las situaciones privadas inter-

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup>Vid. M.V. Cuartero Rubio, voz "Derecho uniforme", *Enciclopedia Jurídica Básica*,vol. II, Madrid, Civitas, 1995, pp. 2380-2381.

<sup>&</sup>lt;sup>164</sup> J.C. Fernández Rozas, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados", *La unificación jurídica en Europa*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (J.M. García Collantes, ed.), Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-44.

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> P. Chaveau, "Des conventions portant Loi Uniforme", Journ. dr. int., t. 83, 1956, pp. 570-594.

nacionales<sup>166</sup>. Aún siendo conscientes de las numerosas dificultades que comporta la unificación del Derecho material e, incluso, la unificación de un sistema de DIPr, ésta implica la garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supraestatales, dotándolas de mayor seguridad jurídica y facilitando al operador jurídico la previsibilidad del Derecho. La solución de los problemas del tráfico externo a través del Derecho uniforme aparece pues como una respuesta material, casi siempre muy especial y, en todo caso, asentada en una larga experiencia jurídica. No debe extrañar, por tanto, que se llegue a afirmar en rigor que el Derecho uniforme resulta teóricamente la técnica más efectiva del DIPr, en particular entre aquellas cuya función preventiva las hace prácticamente infalibles<sup>167</sup>. Se trata de la quinta esencia de la noción de "DIPr preventivo" o *conflict avoidance*.

58. Aún hoy es evidente que la unificación jurídica del DIPr, al menos en el sector del Derecho aplicable, con independencia del método empleado, ofrece ventajas indudables<sup>168</sup>. También es innegable que en este particular sector hasta la fecha el instrumento más eficaz ha sido el convenio internacional. El recurso a la unificación conflictual ha tenido gran predicamento hasta tiempos recientes por su carácter menos controvertido y por ofrecer mayores facilidades de negociación con vistas a la consecución de un Convenio, planteándose la conveniencia de acciones universales o regionales en el sector 169. Pero tampoco han faltado defensores de esta posición aludiendo a que la unificación de normas materiales de aplicación general ignora las diferencias conceptuales y metodológicas existentes entre las distintas legislaciones, cosa que no sucede si se recurre a técnicas conflictuales<sup>170</sup>. Además, en términos generales, la elección entre una u otra técnica está en función de la disponibilidad de los Estados para modificar sus ordenamientos y es obvio que existen mayores reticencias hacia la unificación del Derecho material, que es en sí misma más agresiva, que para la unificación de generalmente un puñado de normas de DIPr. En cualquier caso, la tendencia a la materialización de las normas de DIPr sobre Derecho aplicable no se acomoda con las técnicas codificadoras tradicionales basadas en los Convenios internacionales; por descontado no ocurre así en otros sectores de este ordenamiento como en el de la cooperación judicial internacional, donde la pieza maestra de la regulación internacional sí es técnica y finalísticamente el Convenio internacional: los resultados de la codificación internacional del DIPr evidencian que es en esta particular materia donde se han conseguido mayores éxitos, tanto por la masiva participación de los Estados como por su aplicación habitual por las jurisdicciones nacionales<sup>171</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>166</sup> P. Lalive, "Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)", *Recueil des Cours*, t. 155, 1977-II, pp. 47-49.

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> C.M. Schmitthoff, "International Law and Private International Law", *Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, 1988, pp. 533 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>168</sup> H.U. Jessurun d'Oliveira, "Codification et unification...", *loc. cit.*,, pp. 117-130.

<sup>&</sup>lt;sup>169</sup> K.H. Nadelmann, "Conficts between Regional and International Work on Unification of Rules of Choice of Law", *Harvard Int'l L.J.*, vol. 15, 1974, 213-217.

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> H. Bauer, "Les traités et les règles de droit international privé matériel", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 570.

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup>Vid. J.C. Fernández Rozas, "La cooperación judicial en los Convenciones de La Haya de Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 81-100; id., "La cooperación jurídica

Por otro lado, no debe perderse de vista que los tratados internacionales que unifican normas de determinación de la ley aplicable son fuentes obligatorias y rígidas que conceden escaso margen de maniobra a los Estados contratantes y que cuando, como acontece cada vez con más frecuencia, las normas sobre ley aplicable comportan un alto grado de materialización, presuponen un consenso que es de difícil consecución a medida de que la materialización avanza de forma inexorable<sup>172</sup>. Los Estados que no compartan la orientación material retenida por la solución de ley aplicable no la asumirán como propia. Pero en el otro lado de la balanza, hay que reconocer igualmente que el supuesto carácter "neutro" de las normas de conflicto resultantes de una negociación convencional también puede contribuir a desalentar a los Estados hacia incorporación del texto por no ver reflejadas en él sus propios intereses. Si se quiere, la neutralidad derivada de la consecución del necesario consenso tiende a acentuar el carácter conservador de las normas de conflicto insertas en un tratado internacional. Ello explica las razones por las que las relaciones mercantiles internacionales tiendan a evadirse de esa metodología codificadora, que cada vez se centra en mayor medida en cuestiones de carácter no patrimonial, y que se acomoden mejor a la unificación material.

#### B) Inconvenientes de los tratados internacionales como método de unificación

**59.** En rigor, el Derecho uniforme utiliza preferentemente el tratado internacional de carácter multilateral como cauce de positivación, lo cual presenta ventajas e inconvenientes. Ventajas, por proporcionar certeza sobre la materia unificada, inconvenientes, por la rigidez que toda codificación trae consigo y por las dificultades de adaptación que un texto de este tipo ofrece en cada sistema jurídico nacional. Baste reparar en que los convenios de Derecho uniforme no han adquirido por lo general un número importante de Estados parte. Por ejemplo, resulta significativo el reducido número de Estados que han adoptado el Derecho cambiario de Ginebra y, sobre todo, la ausencia de él de los países anglosajones. Aparte de las características no del todo positivas referidas en el apartado anterior, la uniformidad a través del tratado internacional acusa los problemas generales y típicos que caracterizan a esta particular técnica codificadora con independencia de su contenido<sup>173</sup>.

En primer lugar, el eventual "déficit democrático", por la frecuente desvinculación, primero de los redactores de los proyectos (que muchas veces actúan a título individual) y luego de los negociadores en la Conferencia internacional, con las necesidades reales del circulo jurídico al que supuestamente representan a lo que se añade la descoordinación existente entre los procesos de codificación interna e in-

internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano-filipino", *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano*, vol. 15, 2001, pp. 13-73.

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> J.D. González Campos, "Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique", *E pluribus unum. Liber amicorum G.A. Droz*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 109-110.

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup>Cf. J.C. Fernández Rozas, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado...", *loc. cit.*, pp. 43-44.

ternacional<sup>174</sup>. En segundo término, el constituir la unificación convencional una expresión de un positivismo un tanto trasnochado en el sentido de que permite a los Estados preservar su capacidad de control en la creación del Derecho; se asiste de esta suerte a un fenómeno paralelo al producido en la legislación interna, pudiendo reprocharse a ambos un exceso de cantidad y un defecto de calidad<sup>175</sup>. En tercer lugar, el ser el resultado de intereses muchas veces antagónicos que se plasman en compromisos que sacrifican la necesaria sencillez de las normas unificadas dando lugar a textos ambiguos que ofrecen numerosas dificultades al intérprete, cuando no simplemente antinomias o incoherencias de difícil arreglo por la práctica<sup>176</sup>. En cuarto lugar, la rigidez que entrañan muchas soluciones convencionales, toda vez que la rápida evolución del comercio internacional puede convertir en obsoletos en un breve espacio de tiempo convenios que no incorporen mecanismos flexibilizadores en su articulado; esta rigidez es fruto muchas veces de la ausencia de un poder político distinto de los Estados, que impulse la elaboración de los convenios y su grado de cumplimiento y de adecuación a la realidad social<sup>177</sup>, así como de la tradicional rigidez en los mecanismos tradicionales del Derecho de los Tratados a la hora de modificar, enmendar o simplemente actualizar un convenio existente, con el concurso de todos los Estados que dieron su consentimiento originario. En quinto lugar, los problemas que ofrece la incorporación de los tratados unificadores en el orden interno de los Estados que han prestado su consentimiento en obligarse; dificultad que puede ser el origen de la aparición de diversos subsistemas en función de los efectos que la norma convencional despliegue; estos subsistemas generalmente son dos: uno de fuente interna y otro de fuente convencional<sup>178</sup>, cuestión ésta a la que debe agregarse el problema de la aplicación del convenio en las distintas unidades territoriales caso de encontrarnos ante un Estado plurilegislativo <sup>179</sup>. En sexto lugar, la incorporación del convenio de Derecho uniforme se vincula a la recepción y aceptación de los tratados por los jueces nacionales en el proceso de aplicación del Derecho; la interpretación judicial a través de categorías jurídicas del foro o la eventual acción del orden público son elementos que dificultan la puesta en práctica de una sana asimilación del Derecho unificado por parte de las instancias nacionales. Finalmente, la existencia de una amplia red de tratados en este sector, muchas veces de carácter sucesivo, engendra la cuestión de sus relaciones mutuas<sup>180</sup> y, por ende, el juego de las cláusulas de compatibilidad, subordinación o

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup>Vid., en relación con el sistema australiano, P. Brazil, "Reception of Uniform Law into National Law: an Exercice in Good Faith and Progressive Development of the Law", *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 318-318.

<sup>&</sup>lt;sup>175</sup>Cf. B. Oppetit, "Le droit international privé, droit savant", *Recueil des Cours*, t. 234, 1992-III, vol. 234, pp., p. 422.

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> Señaladamente a la hora de determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Convenio: B. Knapp, "Unification international des règles et désignation du droit applicable", *Internationalisation du droit. Mélanges el l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 219-232.

<sup>&</sup>lt;sup>177</sup>A.L. Diamond, "Conventions and their Revision", *Unification.Liber amicorum Juan Georges Sauveplanne*, op. cit., 1984, pp. 45-60.

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> S. Bariatti, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986, pp. 44 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>179</sup> S. Sánchez Lorenzo, "La aplicación de los Convenciones de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 131 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> F. Ferrari, "The Relationship between International Uniform Contract Law Conventions", *Rev. dr. unif.*, vol. V, 2000, pp. 69-84.

complementariedad del instrumento internacional, en lo que respecta a los ámbitos de aplicación material, temporal y territorial del convenio, dando lugar al cada vez más frecuente fenómeno de los "conflictos de convenciones" que a veces resultan de difícil solución por el funcionamiento de las cláusulas que incorporan<sup>181</sup> o por guardar silencio sobre esta cuestión. Y ello al margen del juego de las reservas, particularmente relevante en los convenios reguladores de las transacciones mercantiles internacionales.

- **60.** Por añadidura, los convenios de Derecho uniforme tienen la virtud de restringir su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, coexistiendo con la normativa interna del Estado, que rige las relaciones del tráfico interno; esta dimensión plantea, como es lógico, un evidente problema de delimitación entre ambos órdenes. No debe perderse de vista que existe una profunda interacción entre las normas unificadoras y el sistema interno donde se reciben, de suerte que en la aplicación de éstas pueden ocasionarse ciertas distorsiones. Acaso la más significativa derive de la calificación como "uniformes" de las normas contenidas en un Convenio concreto.
- i) Al margen de que la posibilidad de aplicación universal del Convenio exista, ésta ocasiona numerosos problemas de interpretación que puede conducir a resultados muy dispares y que, en cualquier caso, atenta a la seguridad jurídica que debe presidir la regulación de las transacciones mercantiles internacionales. Y a ello debe añadirse que no todos los Convenios que regulan dicho tráfico poseen esa vocación de universalidad. Un ejemplo ilustrativo lo ofrece el ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.
- ii) El creciente desarrollo de la codificación internacional del Derecho uniforme viene generando en los últimos tiempos frecuentes supuestos de colisión entre Convenios<sup>182</sup>, lo cual plantea importantes y complejos problemas de delimitación normativa que no favorecen una sana reglamentación de las transacciones fundamentalmente mercantiles internacionales. Este hecho se produce por diversos factores siendo frecuente que en un mismo foro codificador se produzca una revisión de convenios anteriores o que materias idénticas sean objeto de simultánea codificación internacional en distintos foros (cuyo ejemplo más claro son los Convenios relativos a los contratos internacionales de NU, Unión Europea, Unidroit, etc.). Y aunque no puede olvidarse que a menudo se suscitan falsos conflictos de convenios, por una defectuosa interpretación de sus respectivos ámbitos de aplicación, lo cierto es que los problemas de delimitación entre convenios salen a la luz en mayor número cada día en la jurisprudencia interna de cualquier Estado y los riesgos inherentes a la delimitación entre Convenios son múltiples y van desde la posibilidad misma de ignorar la existencia de textos internacionales cada vez más numerosos,

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> S. Álvarez González, "Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 41 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>182</sup>Vid. F. Majoros, Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique, t. I, Paris, Pedone, 1976, pp. 282 et seq.

hasta la propia dificultad que, en ocasiones, entraña la labor de selección de la norma correcta, del convenio preciso.

- iii) Dichas dificultades han propiciado la inclusión en los mismos textos convencionales de las denominadas "cláusulas de compatibilidad de Tratados" que ofrecen un alcance muy distinto desde la pretensión de eliminar cualquier conflicto en el futuro respecto a la vigencia de los tratados anteriores, hasta la aplicación del principio de la ley más favorable, pasando por situaciones de mayor complejidad en función de los intereses en presencia o generando una incertidumbre y, por ende, una libertad de obrar para el juez que, en definitiva, será quien elija a su leal saber y entender cuál es el texto convencional aplicable al caso 184. En estos últimos casos el tenor de la cláusula encuentra cierta justificación en una técnica codificadora de "huida hacia delante", para evitar que se paralicen las negociaciones, y no en la solución definitiva de eventuales problemas en presencia.
- iv) La concepción según la cual los convenios de Derecho uniforme tienen por finalidad eliminar cualquier conflicto de leyes que se pueda producir en la materia objeto de los mismos debe descartarse porque la uniformidad legislativa no supone la uniformidad de interpretación. La práctica comercial demuestra que los sistemas jurídicos, aún provenientes de una misma familia, suelen dar respuestas diversas y divergentes a una cuestión concreta regulada en un instrumento de unificación internacional<sup>185</sup>. El problema de la interpretación de este tipo de Convenios no solo es una de las cuestiones más debatidas, sino que ofrece una importante enjundia teórica<sup>186</sup>. En principio, si se contara con un texto que preventivamente eliminase cuestiones interpretativas y utilizase categorías muy delimitadas, se evitarían problemas a posteriori. No obstante, esta labor no es factible en muchas ocasiones, apareciendo el dilema a la hora de aplicar las normas. Mas los problemas no concluyen aquí pues en los últimos tiempos con la multiplicación de los convenios internacionales de Derecho uniforme aparecen notables divergencias en la interpretación que se dé a un mismo concepto que figura no ya en el mismo convenio desde la perspectiva de diferentes Estados parte, sino en dos o más de estos instrumentos, incluso desde la perspectiva unilateral de un único operador jurídico estatal. La inexistencia, hoy por hoy, de unos "conceptos autónomos" tales como "venta", "bienes muebles", "establecimiento mercantil" o "factoring", nociones de distinto alcance según el concreto instrumento que contemplemos, obliga a una coordinación de los esfuerzos unificadores para que, de

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup> En la doctrina española *Vid.* S. Álvarez González, "Cláusulas de compatibilidad...", *loc. cit.*, pp. 39-62.

<sup>184</sup> Tras la rúbrica de "Relaciones con otros convenios", el art. 21 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone que "El presente Convenio no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea o pase a ser parte". Y con una intención similar se pronuncia el art. 15 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos.

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup> E. Krings, "L'opportunité de jurisdictions supranationales pour l'interprétation des lois uniformes", *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 525-534

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> L. Marquis, "L'interprétation du droit commercial international uniforme: un modèle personnifié par Marc-Antoine", *Rev. int. dr. comp.*, vol. 54, 2002, pp. 97-125.

manera preventiva, se soslayen las cuestiones derivadas de la denominada "interpretación interconvencional" <sup>187</sup>.

# C) Ventajas de las Leyes modelo

61. Frente a esta situación, debe prestarse atención a las nuevas técnicas normativas favorables a la unificación del Derecho que se generan en determinados foros de codificación internacional. Ante la reticencia de los Estados a incorporarse a Leyes Uniformes, en una defensa a ultranza de sus particularismos jurídicos, se acude a un cauce más flexible, cual es el de la Ley Modelo, que juega un papel cada vez más importante como cauce para la aproximación de las legislaciones al proporcionar a los Estados un margen de libertad al decidirse a regular una materia concreta a partir de soluciones aceptadas internacionalmente, modernizar su legislación de acuerdo con sus propias necesidades y resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes. Y ello sin desconocer que se trata de una técnica de codificación "alternativa" que ofrece un menor nivel de cooperación internacional configurándose muchas veces más como una solución puntual a una concreta situación que como un mecanismo genérico de codificación.

La Ley Modelo como la que ahora se presenta no es otra cosa que un texto legislativo

- i) Que se recomienda a los Estados para su incorporación al Derecho interno y que, a diferencia de una convención internacional, el Estado que decida adoptarla no estará obligado a cumplimentar un complejo número de requisitos inherentes al Derecho de los tratados como la notificación al correspondiente depositario o a los demás Estados parte. Una de las razones por las que se ha de procurar, en lo posible, respetar el texto uniforme de la Ley Modelo es que con ello se logrará que el régimen interno resulte más transparente y conocido para las partes extranjeras, así como para los asesores y conciliadores extranjeros que hayan de participar en un proceso de conciliación que tenga lugar en el territorio de un Estado promulga
- ii) Que suele ser adoptado por lo general en el seno de una Conferencia internacional tras un completo debate preparatorio del cual el este texto supone únicamente su puesta en marcha en el sentido de poner en marcha un proceso similar al seguido en la Unión Europea con la técnica del denominado "Libro Verde". Tras tal adopción se recomendará a Estados incorporar el texto resultante, con carácter total o parcial, a su Derecho interno. No tiene, por tanto, un carácter obligatorio directo, incluso los Estados no tienen obligación alguna de comunicar al órgano codificador o a otros Estados que ha incorporado al texto, sino que su función es inspirar al legislador interno a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha Ley modelo. Habida cuenta de que estamos ante un modelo de texto legal preparado con la finalidad de que sea incorporado al Derecho interno, presenta los mismos

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> F. Ferrari, "I rapporti tra le convenzioni di diritto materiale uniforme in materia contrattuale e la necessità di un'interpretazione interconvenzionale", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, pp. 669-688.

rasgos que cualquier texto legal destinado a ser promulgado por un Parlamento y, por consiguiente, no contiene ninguna lista de "firmantes" como la que suele adjuntarse a los tratados internacionales.

iii) Que en el procedimiento de incorporación al Derecho interno el Estado puede modificar o suprimir alguna de sus disposiciones, superando la práctica tradicional de las reservas que se produce cuando lo que se adopta es un texto convencional; dicha práctica no suele estar bien acogida en el ámbito de la codificación internacional, incluso cada vez es más frecuente en los convenios que se limite escrupulosamente su alcance con carácter excepcional. Es cierto que la armonización y certeza que se logra mediante la legislación modelo es probablemente inferior al de un convenio o convención; no obstante, esta aparente desventaja puede compensarse con el hecho de que el número de Estados que decidan incorporarse a la Ley Modelo será probablemente superior al número de Estados que se están en disposición de ratificar o adherirse a una convención. Y, en todo caso, la flexibilidad que caracteriza a esta técnica permite al legislador adaptar el texto modelo a sus peculiaridades internas, por ejemplo de naturaleza procesal. Bien entendido que las instituciones codificadoras recomiendan encarecidamente a los Estados que no recurran con frecuencia a esta práctica para hacer más efectiva la labor codificadora. A fin de lograr un grado de armonización y certidumbre satisfactorio, los Estados deberán procurar introducir el menor número posible de cambios al incorporar el régimen de la nueva Ley Modelo a su derecho interno, y se ha de procurar que todo cambio introducido sea compatible con los principios básicos de la Ley Modelo.

La Uncitral, institución codificadora predominante en el sector mercantil, ha adoptado en los últimos tiempos esta técnica en un intento de superar reticencias estatales y de expandir una serie de principios de base en relación con ciertas instituciones. Un ejemplo significativo ha sido la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985, aunque no ha dado los frutos que de ella se esperaban; baste comprobar el desinterés del legislador interno respecto de la misma, en las posteriores Leyes estatales sobre arbitraje, señaladamente, la española de 1988. Otro ejemplo ha sido la Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza de 1997 que ha sido tenida en cuenta en las modernas codificaciones y que es un ejemplo de cómo puede buscarse una adaptación del texto tipo con las normas procesales de los Estados. Sin embargo la técnica de la Ley modelo no se ha generalizado en todos los foros internacionales de codificación; por ejemplo, la Conferencia de la Haya de DIPr ha descartado desde hace muchos años la posibilidad de armonizar las normas de conflicto de leyes a través de leyes modelo, técnica propuestas por los representantes norteamericanos 188; aunque esta situación que se ha flexibilizado en los últimos tiempos.

<sup>&</sup>lt;sup>188</sup> K.H. Nadelmann y W.L.M. Reese, "The American Proposal at the Hague Conference on Private International Law to Use the Method of Uniform Laws", *Am. J. Comp. L.*, 1958, pp. 239-247; K. Nadelmann, "Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 37-51; A. Marín López, "La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y el método de las leyes modelo", *RDEA*, nº 24, 1969, pp. 33-48.

**62.** Una ley adoptada por el legislador estatal, por técnica que sea en apariencia, es siempre la traducción de una ideología y de unos intereses y su contenido supone una política común, lo que requiere la unidad de soberanía excluida por hipótesis<sup>189</sup>. Frente a ello una ley modelo ejemplifica el tipo de texto cuya finalidad es armonizar el Derecho interno, mientras que una convención es un instrumento internacional al que los Estados dan su aprobación oficial a fin de unificar en el ámbito internacional ciertas esferas de su Derecho interno.

Salvo los casos venezolano y panameño, en los países de la OHADAC se carece de una ley especial que regule, al menos, un sector sustancial de los problemas del tráfico jurídico externo. En general, los distintos sectores que conforman el contenido del DIPr: determinación de la competencia de los tribunales del foro y determinación de la ley aplicable en los asuntos vinculados con el extranjero y reconocimiento y ejecución de decisiones pronunciadas en el extranjero, cuentan con una regulación altamente insuficiente y se encuentran ubicados en cuerpos legales diversos lo que origina serios problemas en orden a la respuesta articulada de las soluciones en presencia.

Dicha construcción apunta hacia la existencia de una serie de criterios de carácter general. En primer lugar, la independencia en el tratamiento de los conflictos de leyes y los conflictos jurisdiccionales; en segundo lugar, el carácter atractivo de la jurisdicción caribeña que se consideraba como plena e indeclinable. Para los tribunales caribeños las soluciones en esta materia responden a una concepción amplia de la noción de jurisdicción en la que ésta aparece íntimamente conectada a la soberanía nacional. Ello se concreta en:

- i) La transposición pura y simple al plano internacional de la *vis atractiva* que en el ámbito interno posee la jurisdicción ordinaria para afirmar de este modo el carácter exclusivo y excluyente que, frente a las jurisdicciones extranjeras tiene la jurisdicción nacional para conocer, de todos aquellos negocios civiles que se hubiese suscitado en el territorio nacional; esto ha conducido, en muchas ocasiones, a la aplicación de los criterios delimitadores de la competencia territorial interna a los supuestos conectados con otros países.
- ii) El reconocimiento de la competencia de los tribunales caribeños, en el caso de que el litigio derive de un contrato, pese a existir en este último una cláusula expresa e inequívoca de someter las controversias a una jurisdicción extranjera; dicho en otros términos, no se acostumbra a admitir el efecto derogatorio de la voluntad privada, cuando las partes se sometan a un tribunal extranjero, lo cual va claramente en contra de las propias exigencias del comercio internacional. Y ello contrasta con la reglamentación existente en las Leyes de arbitraje de los países de la OHADAC en las que se admite inequívocamente la declinatoria arbitral cuando del contrato existe una cláusula de sometimiento arbitraje y no se regule en las leyes procesales los efectos que tiene la sumisión a tribunales insertos en jurisdicciones extranjeras cuando en el contrato figure una cláusula de este tipo.

<sup>&</sup>lt;sup>189</sup> P. Malaurie, "Loi uniforme et conflits de lois", *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1964-1966)*, Paris, pp. 83-109.

## 3. Orientaciones de la Ley Modelo OHADAC

## A) Caracteres preferente civilista de la regulación

63. La cuestión se vincula a la consideración del contenido *lato sensu* o *stricto sensu* del DIPr. Es indudable que la concepción mantenida mayoritariamente en América latina se ha inclinado hasta hace algunos años por la denominada "concepción amplia" que no sólo cubría los sectores clásicos acrisolados por la doctrina francesa (nacionalidad, extranjería, conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones)<sup>190</sup>, sino que, al dominar, a la postre, una concepción "conflictualista" y "normativista" se extendía la regulación a cuestiones tan ajenas al Derecho privado como el Derecho penal, o el laboral<sup>191</sup>. El ejemplo más significativo de esta concepción ha sido en Código Bustamante y cuenta en la actualidad con una manifestación importante en el Código DIPr panameño. Esta doble extensión ha desaparecido de las modernas legislaciones de DIPr y, consiguientemente del régimen de enseñanzas, aunque ciertas Leyes no pueden evitar ciertas incursiones la consideración de ciertas instituciones de carácter mercantil.

Al no ser una reglamentación limitada a resolver las cuestiones relativas a la ley aplicable en el espacio la Ley Modelo no aporta una reglamentación general del conjunto de las relaciones privadas internacionales centrándose, preferentemente en la solución de los conflictos de leyes y de jurisdicciones de carácter "civil" aunque dicha limitación registra notables excepciones como la de la admisión del Derecho público extranjero (art. 65), la regulación del contrato de trabajo (art. 47), o la consideración de ciertas instituciones de naturaleza esencialmente mercantil.

**64.** Precisamente en relación a esta última materia se imponen unas reflexiones que avalen su no consideración en la Ley Modelo. La superación del formalismo ha traído consigo una progresiva separación entre el DIPr y el Derecho de los negocios internacionales (que algunos autores denominan Derecho del comercio internacional o Derecho mercantil internacional), entendido como ordenamiento regulador del intercambio de bienes y servicios cuyo objeto es dar respuesta a las relaciones entre las partes de una operación internacional, mercantil o financiera, o de una prestación transfronteriza de servicios. Si bien es cierto que desde una perspectiva privatista interesa fundamentalmente el estudio del régimen de los intercambios comerciales, no lo es menos que un estudio completo del ordenamiento regulador de las transacciones mercantiles internacionales debe analizar los sujetos de dichos intercambios, introduciéndose en el Derecho de sociedades y el marco de su funcionamiento: el mercado internacional. Este estudio del mercado internacional exige no sólo descender a sus mecanismos de protección, en especial en el ámbito de la libre competencia y del acceso a las propiedades especiales, sino a la propia estructura de la organización de tal mercado: organización institucional, estructura-

<sup>&</sup>lt;sup>190</sup> H. Batiffol, "Las tendances doctrinales actuelles en droit internationál privé", *Recueil des Cours*, t. 72 (1948-1), pp. 7-8 y 34-35

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> J.C. Fernández Rozas, "Sobre el contenido del Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 69-108.

ción y funcionamiento de los distintos mercados regionales y organización interna del comercio exterior. Indudablemente, ello supone desbordar un marco de análisis puramente privatista o mercantilista y obliga a introducir conceptos y desarrollos de Derecho administrativo internacional y Derecho internacional económico; pero resultaría absurdo analizar el régimen de intercambios internacionales sin una visión de las coordenadas en que han de desarrollarse y producirse dichos intercambios.

Con independencia que el Derecho de los negocios internacionales pueda ser concebido desde una perspectiva normativista que pone el acento en el "conflicto de leyes" 192, la configuración del Derecho mercantil internacional como un Derecho especial reposa en gran parte, en razón de sus normas, en una perspectiva vinculada al proceso de codificación llevado a cabo en el seno de la CNUDMI. Ante la inexistencia, hoy por hoy, de un Derecho de los negocios internacionales común a todos los Estados, tendremos que combinar distintas fuentes de producción jurídica, de origen institucional, convencional e interno. A partir de aquí, puede definirse este ordenamiento como "el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por operadores jurídicos privados cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes". De esta definición pueden extraerse las siguientes notas inherentes al Derecho de los negocios internacionales: a) comprende un bloque normativo que regula la actividad comercial internacional y que provienen tanto de disposiciones nacionales, como de tratados internacionales, como de la reglamentación profesional internacional o de los usos internacionales; b) hace referencia al conjunto de operaciones que implican el ejercicio del comercio, tanto en lo que se refiere a la estructura de la actividad (estatuto de los directivos de las sociedades), como en lo relativo a los actos que expresan la actividad de empresa (venta, competencia...), c) se aplica a todas las relaciones comerciales y financieras que afectan a personas que tienen intereses, o vínculos, localizados en Estados diferentes.

En definitiva, si bien es cierto que desde una perspectiva privatista interesa fundamentalmente el estudio del régimen de los intercambios comerciales, no lo es menos que un estudio completo del Derecho de los negocios internacionales debe analizar los sujetos de dichos intercambios (Derecho de sociedades) y el marco de su funcionamiento: el mercado internacional. Este estudio del mercado internacional exige no sólo descender a sus mecanismos de protección, en especial en el ámbito de la libre competencia y del acceso a las propiedades especiales, sino a la propia estructura de la organización de tal mercado: organización institucional, estructuración y funcionamiento de los distintos mercados regionales y organiza-

<sup>192</sup> Desde una perspectiva normativista vigente en la doctrina hasta tiempos recientes quedaban dentro de este ordenamiento las materias típicamente mercantiles que suscitaban problemas de "conflictos de leyes". Esta concepción, muy en boga a principios del siglo XX, partía de la distinción entre "actos civiles" y "actos de comercio" presente en los Códigos de comercio y tras la resolución de eventuales "conflictos de calificaciones" incluía los "problemas conflictuales" de este último grupo de actos dentro del denominado "Derecho mercantil internacional". Esta posición estricta hacía, pues, alusión al conjunto de normas que tienen por objeto ciertos actos o ciertas personas y que constituyen una excepción a las normas de Derecho civil internacional. Es importante tener en cuenta, sin embargo, que el hilo conductor de este ordenamiento, según tal concepción, descansaba en dos elementos comunes: la materia regulada (acto de comercio) y la norma reguladora (norma de remisión o conflictual).

ción interna del comercio exterior. Indudablemente, ello supone desbordar un marco de análisis puramente privatista, e incluso mercantilista, y obliga a introducir conceptos y desarrollos de Derecho administrativo internacional y Derecho internacional económico, pues resultaría absurdo analizar el régimen de intercambios internacionales sin una visión de las coordenadas en que han de desarrollarse y producirse dichos intercambios.

- B) Superación del modelo de norma de conflicto rígida y de resultado imprevisible
- **65.** El angosto marco ofrecido a los preceptos dedicados al DIPr ha condicionado decisivamente la distribución de materias reguladas en los Códigos civiles por la conservación de la impronta estatutaria (Cuba, República Dominicana), aunque no exenta de detractores<sup>193</sup>. Por eso la Ley DIPr venezolana descartó expresamente este continuismo al rechazar en su Exposición de Motivos "que un sistema de raigambre estatutaria, con originales y plausibles características propias, ha sido adulterado por la práctica y ha venido a convertirse en un sistema de coloración territorialista o, aún peor, en un cúmulo de soluciones inciertas e inconexas.

**66.** En esta misma dimensión de técnica legislativa se evidencia también que la moderna codificación se decanta por el abandono de las normas de conflicto de conexión única para ofrecer conexiones de carácter múltiple, más adaptadas a las distintas relaciones e instituciones jurídicas que entran en contacto con el tráfico privado externo<sup>194</sup>.

Las normas de conexión única reflejaban el modelo elaborado a mediados del siglo XIX por el jurista alemán F.K. von Savigny en su estado más puro que respondía a una estructura normativa compuesta por tres elementos. Un supuesto de hecho, que hace referencia a la materia regulada y que puede ser una relación jurídica ("efectos del matrimonio", "sucesión por causa de muerte", "emisión de los títulos valores", etc.), una institución ("tutela y las demás instituciones", "adopción", "posesión", "propiedad", etc.), o un derecho subjetivo ("derecho a la prestación de alimentos", "derechos de propiedad intelectual o industrial", etc.). Una consecuencia jurídica, que no se contiene en la propia norma, sino que es preciso determinar-la indirectamente a través del mandato de aplicación establecido por el legislador respecto a un Derecho estatal en su conjunto. Por último, un punto de conexión, cuya misión es dotar de relevancia jurídica al elemento extranjero que puede encontrarse en el supuesto de hecho, fijando en él la localización de la relación jurídica en orden a la consecuencia jurídica ("ley de la nacionalidad común del alimentista y del alimentante", "ley nacional del causante", "ley a la que las partes se ha-

<sup>&</sup>lt;sup>193</sup> L. Herrera Mendoza, "La escuela estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad", *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, El Cojo, 1960, p. 124

<sup>&</sup>lt;sup>194</sup> F. Rigaux, "La méthode du conflit de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière decennie", Rev. crit. dr. int. pr., 1985, pp. 1 et seq; P.M. Patocchi, Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe), Ginebra, Georg, 1985; E. Vassilakakis, Orientations methodologiques dans les codifications recentes du droit international privé en Europe, Paris, LGDJ, 1987.

yan sometido expresamente", "ley del país en que se otorguen", etc.)<sup>195</sup>. Debe recordarse que este autor partía de que la función de la norma de conflicto consistía en determinar un Derecho material entre los aplicables teóricamente a un supuesto determinado, una ley única con exclusión de todas las demás, con excepción de los correctivos impuestos por la propia norma conflictual<sup>196</sup>.

El método diseñado implicaba un alto componente de automatismo y mecanicismo que ignoraba muchas veces consideraciones de justicia y que se centraba, precisamente, en la función de la norma de manera dogmática y rígida, primando el objetivo de certeza y de seguridad jurídica sobre cualquier otro. No en vano fue calificado con evidente acierto como una "máquina ciega".

Este modelo rígido contrasta ampliamente con el seguido por las normas de conflicto contenidas en las modernas legislaciones nacionales y en los Convenios internacionales posteriores a la Segunda gran guerra. Dichas normas, manteniendo la estructura tradicional incorporan una orientación material, de resultado, que permite mayor margen al juez o a la autoridad que las aplica. Se trata de la denominada "norma de conflicto multilateral funcionalizada", que persigue aplicar al caso la ley más estrechamente vinculada al mismo, o la ley materialmente más apropiada al mismo, o la ley que una o varias de las partes implicadas consideren la que mejor refleja y puede tutelar sus intereses, siempre de acuerdo con una aproximación metodológica de signo funcionalista.

# C) Dejación de las construcciones basadas en la ley de la nacionalidad

**67.** Con anterioridad se ha hecho referencia a la influencia europea del Código y a su orientación favorable a considerar la nacionalidad como el elemento determinante del sistema, frente a otras opciones existentes en América latina en favor del domicilio. Sin embargo, consciente de la fuerte aceptación de este último criterio el Código concedía a cada Estado parte la facultad de aplicar, además de las leyes de la nacionalidad y del domicilio "las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior" (art. 7). Con ello se permitía la presencia de normas basadas en principios territorialistas. Esta fue esta la opción de la mayor parte de los países caribeños<sup>197</sup>, salvo el caso de Cuba y de la República Dominicana que, fieles a la

<sup>&</sup>lt;sup>195</sup>F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, Berlín, Veit und Comp., 1849.

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> J.-L. Elhoueiss, "L'élément d'extranéité préalable en droit international privé", *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 39 *et seq.* 

<sup>197</sup> Aunque sin aceptación por parte de los Estados caribeños debe recordarse que la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional Privado establece 1 domicilio general y especial de una persona física por medio de soluciones de naturaleza acumulativa que facilitan la elección del punto de conexión de dicha persona, pese a la diversidad que en este tema ofrecen las legislaciones internas.Bajo la Convención, el domicilio general será determinado por los siguientes factores: 1)el lugar de la residencia habitual o el lugar del centro principal de sus negocios; 2) en ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; y 3) en su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare el individuo. Con respecto a los domicilios especiales, la Convención establece que el domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes legales; que el domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno; queel domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante; que el de las personas físicas que residan

tradición jurídica española y francesa, respaldaron el principio de la nacionalidad. Ello era coherente con lo dispuesto en el art. 3.3° del Código civil. De acuerdo con este planteamiento, que también figuró en el art. 9 de la primera versión del Código civil español de 1889, quedaba regido por el principio de la nacionalidad no solamente el estado y la capacidad de la persona sino también las relaciones de familia y del Derecho sucesorio, lo cual suponía la posibilidad de una amplia extraterritorialidad de la ley francesa, la española o la dominicana, aplicable a los nacionales de estos países, en cualquier lugar.

Sin embargo, la solución basada en la ley nacional, que tenía justificación hace más de un siglo en países como Francia, Italia<sup>198</sup>, España, Países Bajos, Portugal o Suiza, no logra implantarse en la generalidad de los sistemas jurídicos, experimentando desde hace varias décadas una fuerte impugnación<sup>199</sup> que ha sido el resultado de una importante polémica entre los defensores de la ley nacional y los defensores de la ley del domicilio que da como resultante la aceptación de la residencia habitual<sup>200</sup>. Un ejemplo elocuente se halla en el Código DIPr belga<sup>201</sup>, en la Ley DIPr venezolana, en el Proyecto dominicano, o en el Proyecto argentino, donde se destaca el empleo de la residencia habitual con el mismo valor atributivo e indistinto que el domicilio de las personas físicas, que era el factor de atribución clásico. Esta solución contribuye poderosamente a alcanzar un objetivo regulador que cada vez resulta mayormente aceptado.

De ordinario, se suele proceder a una exposición y análisis de los argumentos que justifican una y otra solución, señalando las ventajas respectivas. Así, por ejemplo, en favor de la ley nacional se esgrime: a) la estabilidad superior a la ley del domicilio, pues éste último puede cambiarse con mayor facilidad; b) su grado de certidumbre, ya que es más fácil determinar la nacionalidad un individuo que localizar su domicilio, c) su mayor adaptación a la idiosincrasia del individuo (raza, religión, lengua...); d) su virtualidad en la consecución de soluciones unitarias en relación, por ejemplo, con los componentes de una familia. Frente a esto, los defensores de la ley del domicilio producen también argumentos de peso: a) corresponder en mayor medida a los intereses de los emigrados en un país extranjero; b) el interés de los terceros que contratan con el extranjero; c) el reflejo de la mejor vinculación de la persona con el medio socioeconómico donde desarrolla su actividad; d) fruto de esta integración del extranjero en su medio, la consecución de una sociedad más cohesionada sin diferenciaciones jurídicas entre sus ciudadanos; e) la coincidencia entre el foro donde se desarrolla el litigio y el Derecho aplicado por el

temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su Gobierno, será el del Estado que los designó; y finalmente, que cuando una persona tenga domicilio en dos Estados parte se le considerará domiciliada en aquel donde tenga la simple residencia y si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrase.

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> E. Vitta, "Il principio di nationalità nel diritto internazionale privato italiano", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1981, pp. 345-363

<sup>&</sup>lt;sup>199</sup> R.D. Kollewijn, "Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno", *Dir. int.*, vol. XIII, 1959, pp. 508-525; Ph. Francescakis, "Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1982-1984), pp. 291 *et seq.* 

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> R. van Rooij,"The Concept of Domicile ("woonplaats") in Netherlands Private International Law", *Netherlands Int'l L. Rev.*, vol.22, 1975, pp. 165-182.

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> M. Verwilghen, "La place de la nationalité dans le Code de droit international belge", *loc. cit.*, pp. 1687-1701

juez; f) la determinación del punto de conexión a partir de la ley del foro, sin consideración de lo que dispongan ordenamientos extranjeros sobre la nacionalidad; g) la mejor solución técnica a problemas específicos como es el caso de los apátridas o de las personas que tienen dos o más nacionalidades; y h) la idoneidad del domicilio para las personas jurídicas y la sociedades, que permite su movilidad y mejora su competitividad, con una conexión que puede ser representativa del mercado en el que operan<sup>202</sup>.

Al margen de que la polémica haya llegado a un cierto nivel de abstracción, puede afirmarse que la nacionalidad proporciona una ley previsible, pero frecuentemente inapropiada en materia de estatuto personal, mientras que el domicilio proporcionaría una ley apropiada pero en ocasiones de difícil determinación; lo que no implica que sea propiamente imprevisible. Al revés, puede suceder, especialmente en relaciones de familia, que los particulares presuman la aplicación del Derecho con el que se encuentran más vinculados, el del territorio en el que se encuentran domiciliados, puede ser que desde hace décadas; y lo que les resulte sorprendente sea la aplicación de una ley nacional que ya no presenta vínculos reales con el individuo. En los países en los que el número de inmigrantes es elevado la extensión de la aplicación de la ley nacional no solamente es causa de las dificultades prácticas que se derivan de la aplicación procesal del Derecho extranjero, sino que en ocasiones implica una insatisfacción social derivada de la aplicación de regulaciones que carecen de una vinculación relevante con el supuesto, lo que lleva a soluciones que, si bien asumidas por los especialistas, con frecuencia no lo son las esperadas por los ciudadanos.

En cualquier caso, el domicilio es un componente conciliador en la controversia entre territorialismo absoluto y el personalismo, propio de la nacionalidad, utilizada como factor personal, por cuanto permite, en muchos casos, la aplicación de la ley del foro, sin abandonar la posibilidad de aplicar el Derecho extranjero<sup>203</sup>. Al mismo tiempo, la calificación del domicilio como residencia habitual responde a la tendencia universal de flexibilizar este concepto, a los fines de su fácil comprobación y con ello facilitar la localización del derecho aplicable. Este nuevo factor obliga a indagar sobre dos cuestiones concretas: la interpretación de la residencia habitual, con la cual se identifica, y el alcance de su aplicación por una parte, a las personas físicas y, por la otra, a su carácter de factor de conexión, es decir, cuando constituye un medio para determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los tribuna-les<sup>204</sup>.

**68.** Evidentemente, no estamos ante un mero problema teórico pues la inserción en un determinado sistema de DIPr de la conexión nacionalidad o de la conexión

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup>J.V. Long, "Domicil v. Nationality", *RabelsZ*, 1953, pp. 247-262; L.I. De Winter, "Nationality or Domicile? The Present State of Affairs", *Recueil des Cours*, t. 128, 1969-III, pp. 347-504; Y. Loussouarn, "La dualité des principes de nationalité et domicile en droit international privé", *Annuaire IDI*, vol. 62-II, 1987, pp. 127-178.

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup>T. B. de Maekelt, *Ley venezolana de derecho internacional privado: tres años de su vigencia,* Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la Doctora Tatiana B. de Maekelt, discurso de contestación de la Académica Doctora Hildegard Rondón de Sansó, acto celebrado el 18 de junio de 2002, Caracas, Venezuela, p. 55..

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup>Vid. infra, el comentario al **art. 5**.

domiciliaria no es un acto neutro, sino que refleja los intereses del Estado en un determinado momento histórico. Las primeras regulaciones del DIPr no fueron neutrales en acoger una u otra solución: la razón de que Francia, Italia, España o Alemania adoptaran ley nacional como rectora del estatuto personal obedecía, en unos casos a consideraciones políticas de afirmación de la identidad nacional y en otros al hecho de ser en aquellos momentos países de emigración. Tampoco es casual que la impugnación de esta opción y la defensa de la ley del domicilio se produjesen en aquellos países tradicionalmente receptores de extranjeros. Como se ha indicado, en el círculo de países de América latina la conexión nacional que el Código Bustamante había apuntalado no se acomodaba a las características de muchos de estos países que por aquellos años estaban recibiendo un número muy importante de emigrantes<sup>205</sup>.

Pero este es un debate histórico, perteneciente en cierto modo al pasado. En la actualidad la opción entre la nacionalidad y el domicilio obedece a otras razones y queda limitada a los países de tradición romano—germánica, pues en otros círculos jurídicos como los Estados Unidos de América la cuestión se reduce a determinar si se aplica o no la normativa estadounidense a un supuesto de tráfico externo y para ello el método tradicional de la norma de conflicto será sustituido por la determinación de si el supuesto tiene suficiente vinculación con este país para que sus tribunales se declaren competentes y apliquen su propio Derecho.

Además de este cambio de perspectiva, existen soluciones conciliadoras. La mayor parte de las convenciones de DIPr que en las últimas décadas pretenden unificar las soluciones a los problemas del tráfico jurídico externo utilizan como alternativa la "residencia habitual". Esta conexión ofrece la ventaja de situar a la persona en un medio social real y, por su carácter de criterio de hecho, tiende a evitar las dificultades que engendran tanto la nacionalidad como el domicilio<sup>206</sup>. Concretamente, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el DIPr de 1979 califica, en primer lugar, el domicilio como residencia habitual; en segundo, como centro principal de los negocios; a falta de estas circunstancias, como lugar de la simple residencia y, en su defecto, el lugar donde se encontrare la persona (art. 2). El artículo demuestra la tendencia fáctica de la residencia que se observa en las legislaciones comparadas.

## D) Modernización del sistema

**69.** Es evidente que con la presente Ley Modelo la concepción del DIPr vigente en muchos países del Caribe debe cambiar necesariamente y, dentro de ella, la contemplación de una disciplina jurídica construida, en ocasiones, a partir de razonamientos basados en una única disposición legislativa derivada del art. 3º del Código de Napoleón, fuente nutricia de numerosas construcciones doctrinales muchas veces inaccesibles para los no iniciados.

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, "La nationalité et le domicile. Etude de droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1927, pp. 375 *et seq* 

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> P. Rogerson, "Habitual Residence: The New Domicile?", *Int' Comp.L.Q.*, vol. 49, n° 1, 2000, pp. 86-107.

- i) Uno de los elementos más innovadores de la Ley Modelo ha sido la incorporación de muchas soluciones adoptadas por la codificación internacional del DIPr con la consiguiente coordinación de los Derechos en presencia, claramente diversificados. Con ello pretende mitigarse el retraso de la generalidad de los países de la OHADAC en la incorporación a normas de origen convencional la vez que se evitan los inevitables problemas derivados del "conflicto de convenciones". La selección de dichas soluciones se ha efectuado después de ponderar escrupulosamente las ventajas y desventajas de las distintas alternativas y con la convicción de que, en materias jurídicas, la más aceptable es simplemente aquélla que origina un menor número de inconvenientes en la práctica.
- ii) La Ley Modelo también es sensible a la evolución de la sociedad incorporando normas adaptadas a los nuevos tiempos. En numerosos de sus disposiciones refleja la incidencia de los derechos humanos en materia de DIPr que se ejerce sobre variadas cuestiones y en circunstancias diversas para garantizar, por ejemplo, el acceso a la justicia, templada con la lógica limitación de las inmunidades estatales (arts. 7 y 77), los derechos de los trabajadores (art. 47) o los intereses superiores de los menores (art. 38)<sup>207</sup>; también es sensible a nuevos fenómenos como la aparición de una reglamentación internacional del consumo (art. 48). En este marco se presta atención a un fenómeno cada vez más común, cual es la relación familiar entre dos personas al margen de la institución matrimonial, pero con una relación de afectividad y de proyecto de vida similar o próximo al del matrimonio tradicional. El art. 34 opta en tal sentido por una solución moderada, no interviniendo más allá de donde la práctica lo hace necesario pero siendo consciente de que cada vez existe una reglamentación más especializada en el Derecho comparado respecto de estas figuras.
- iii) La nueva lectura de los derechos humanos y el papel nuclear de la persona y de su autonomía no podía pasar desapercibida en una regulación moderna de DIPr<sup>208</sup>. La idea de que las partes son los mejores jueces de sus intereses resulta un argumento esencial de la construcción jurídica para dar respuesta a múltiples cuestiones de las transacciones privadas internacionales<sup>209</sup>. Sin entrar en la polémica de lo que hace algunos años A.E. von Overbeck calificaba de "irresistible extensión de la autonomía de la voluntad al Derecho internacional privado"<sup>210</sup>, la Ley Modelo innova, de manera significativa, la tradicional consideración de la autonomía de la

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> Y. Lequette, "Le droit international privé et les droits fondamentaux", *Libertés et droits fondamentaux* (R. Cabrillac, M.A. Frison-Roche y T. Revet, dirs.), 10<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2004, pp. 97 *et seq*.

seq.
<sup>208</sup> S. Sánchez Lorenzo, "Posmodernismo y Derecho internacional privado", *REDI*, 1994, pp. 557-585; *id.*, "Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz (1996)*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 149-173.

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Brusselles, Bruylant, 1992 ; S. Álvarez González, "Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, vol. I, Sevilla, 2005, pp. 137 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> A.E. von Overbeck, "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 619 et seq.

voluntad cuyo ámbito había sido considerablemente restringido en el ámbito del DIPr. En la Ley dicha autonomía no queda restringida al ámbito de la contratación internacional, lo que supone ya de por sí un considerable avance respecto de modelo bustamantino, sino que se extiende a otros sectores más allá de las áreas tradicionales descentralizadas<sup>211</sup>: relaciones patrimoniales en el matrimonio (art. 31), divorcio y separación judicial (art. 33), sucesión por causa de muerte (art. 41), donaciones (art. 44), contratos en general (art. 45), contrato de trabajo (art. 47), contratos celebrados por consumidores (art. 48) y obligaciones extracontractuales (art. 52). Esta tendencia refuerza la tendencia a eliminar los problemas conflictuales a que dá lugar el punto de conexión "nacionalidad" de manera complementaria a la acción de la residencia habitual en este sector.

iv) Desde la óptica del proceso internacional la Ley Modelo incorpora un objetivo superador de las tradicionales nociones de soberanía, territorialismo y poder jurisdiccional. Para ello aclara la diferencia entre la competencia procesal internacional en el orden civil y la competencia procesal interna, facilita la determinación de la jurisdicción del foro, el exequátur de los actos emanados de las autoridades extranjeras, refuerza la cooperación judicial internacional y ajusta las normas procedimentales. Y, por su parte, las normas sobre eficacia internacional de la sentencia implican también una modernización y racionalización de las disposiciones vigentes, que se ajustan mejor a los criterios de técnica y de justicia, requeridos por uno de los problemas de mayor resonancia en la vida jurídica privada internacional. Se ha considerado, a este respecto que, por razones prácticas y de buena técnica legislativa otras cuestiones deben seguir constituyendo materia específica de la legislación procesal de cada Estado en particular.

#### 4. Opciones en orden a su aceptación

70. El DIPr constituye un instrumento esencial en la ordenación de las relaciones entre las sociedades por facilitar el movimiento de personas y el intercambio de bienes y servicios y fomentar la integración. Desde las primeras etapas labor codificadora han existido dos alternativas esenciales. La primera, a través de un enfoque global que contempla un cuerpo de normas para abarcar toda la normativa reguladora de las relaciones del tráfico externo, en tanto que la segunda opta por un proceso más gradual y progresivo, que supone la incorporación de instrumentos internacionales sobre cuestiones particulares. Sin renunciar a esta última, esto es, sin desconocer la obra de la codificación internacional por medio de Convenciones internacionales, la opción seguida en la Ley Modelo OHADAC de DIPr es la de suministrar respuesta a las transacciones privadas internacionales en del mundo globalizado, especialmente dentro de los procesos de integración interamericana, Pero es una misión que debe ser mesurada, prudente y acoplada a la práctica conso-

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> P. Gannagé, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit ternational privé de la familie", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 425-454; J. Basedow y B. Diehl-leistner, "Das Staatangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland", *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht* (E. Jayme y H.-P. Mansel, eds.), C.F. Müller, 1990, pp. 13-43; C. Kohler, "L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel. Entre libéralisme et étatisme", *Recueil des Cours*, t. 359, 2013, pp. 285-478.

lidada en los países caribeños y de su interno más inmediato. Además la Ley no excluye la aplicación de las disposiciones especiales relacionadas con el DIPr e incluidas en otras leyes, por cuanto sus regulaciones tienen carácter general. El propio art. 2 excluye expresamente determinadas materias que por su especificidad aconsejan su inserción en una Ley especial, señaladamente el arbitraje<sup>212</sup>o la quiebra.

La vocación de generalidad de la Ley Modelo debe, sin embargo, ser objeto de algunas matizaciones desde la perspectiva de su aceptación por un Estado del área de la OHADAC:

- i) No tiene por qué ser una opción de todo o nada. Existen en la actualidad mecanismos que, promocionando la entrada a la autonomía de la voluntad, permiten conciliar los posibles intereses encontrados. La necesaria especialización de las soluciones en función de los concretos problemas sobre los que se proyecten también posibilita que la opción sea especializada: no hay por qué depositar toda la reglamentación en la ley nacional, o toda en la ley del domicilio, o toda en la ley de la residencia habitual. Una selección *ad hoc* no solo es posible, sino que puede llegar a ser conveniente. Desde esta perspectiva la presente Ley Modelo debe ser vista, pues, como un mecanismo equilibrado de reglas autónomas que podrán ser incorporadas al Derecho interno como un texto único o como parte de un sector concreto de la regulación de las relaciones del tráfico externo.
- ii) La opción no es neutra desde el punto de vista estrictamente práctico: saber cuáles son las consecuencias de la opción desde el punto de vista de la aplicación del Derecho extranjero es vital. Resulta indiscutible que la aplicación de la ley propia del juez plantea muchos menos problemas que la aplicación de una ley extranjera. Además, la justicia impartida en aplicación de una ley propia que se conoce a la perfección es de mejor calidad. Tradicionalmente, la opción por la ley del domicilio suele determinar un mayor porcentaje de aplicación de la ley propia, dada la conexión que existe entre domicilio y competencia judicial. Ello depende tanto de la configuración demográfica de cada Estado, cuanto del tipo concreto de litigio que llega a los tribunales y, cómo no, de los criterios de competencia judicial internacional que atribuyen la legitimidad de actuación a sus tribunales. Esta evolución se corresponde con la transformación social de las últimas décadas y la pérdida de relevancia de la nacionalidad como elemento indicativo de especial conexión, en un contexto de amplios movimientos migratorios que con frecuencia dan lugar a situaciones de doble nacionalidad.
- iii) El empleo con carácter preferente de la residencia habitual como criterio de conexión facilita la coordinación con las soluciones establecidas en los instrumentos más modernos de cooperación internacional, incluidos aquellos en los que ya

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> Es la solución seguida en América latina por Venezuela y en Europa en Italia. El Proyecto dominicano se inclina también por tal separación. En Panamá la entrada en vigor en 2013 de una Ley de arbitraje y en 2014 de un Código de DIPr que incorpora una regulación pormerorizada del arbitraje comercial internacional sin duda suscitará problemas de coordinación legislativa. *Vid.* J.C. Araúz, "La porfiada reforma del arbitraje en Panamá", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 127-143.

participan varios países del área OHADAC, como es el caso de la Convención de La Haya de 19 octubre 1996 relativa 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.

Con estas premisas la pretensión de la Ley Modelo no es otra que servir de guía y de orientación para el desarrollo de la codificación del DIPr en los países de la zona OHADAC y de referente para otras iniciativas de este tipo que se produzcan en el hemisferio americano.

71. En un sector tan discutido como el DIPr la labor codificadora es verdaderamente compleja. Si se realiza un texto articulado demasiado técnico y detallado de un sistema de normas de DIPr se corre el peligro de imponer construcciones abstractas, muchas veces fruto de estériles debates académicos, distanciadas de los intereses concretos de la sociedad caribeña. Con independencia de su inadecuación a las necesidades contemporáneas, una muestra de este modelo ha sido el Código Bustamante, que ha carecido de verdadera significación real. Pero si se opta por la solución contraria, elaborando un sistema excesivamente simple y generalista existe el riesgo de que las respuestas del legislador pierdan su significado y queden diluidas al ser aplicadas por los jueces dando lugar a una quiebra de la necesaria seguridad jurídica que las normas de DIPr requieren.

Corregir, en lo posible, esa situación, alcanzar en la esfera de las relaciones privadas internacionales los dos supremos objetivos de justicia y seguridad jurídica, razón de ser de toda norma de Derecho, y acoplar las disposiciones a las características y necesidades de la realidad social, económica y humana de los países del área OHADAC, son los propósitos de la presente Ley Modelo. Más concretamente, los objetivos perseguidos con ella pretenden: a) resolver los problemas los sistemas de DIPr, caracterizado por sus contradicciones entre los códigos y las leyes especiales; b) ajustar la legislación de DIPr a la realidad social de los Estados implicados; c) adecuar las soluciones internas a los realizaciones practicadas en la codificación internacional, especialmente a partir de las experiencias obtenidas en la Conferencia de La Haya de DIPr a escala mundial y en la Conferencia Especializada Interamericana de DIPr a escala de América latina; ello sin perder de vista las soluciones alcanzadas por la unificación del DIPr de la Unión Europea en función del origen genuinamente europeo de algunos sistemas de OHA-DAC; y, d) adaptar las soluciones existentes en los países implicados al desarrollo universal de la materia y a las legislaciones más recientes, que se han convertido en instrumentos válidos para el armónico desarrollo de las relaciones jurídicas de carácter transfronterizo.

Los principales objetivos perseguidos con la presente Ley Modelo pueden, pues, sintetizarse en tres: la transparencia, la modernidad y la apertura internacional. Por ello se agrupan en un único texto todas las disposiciones de DIPr necesarias para un Estado del Caribe mediante formulaciones sencillas y precisas.

## 5. Estructura del texto propuesto

72. Las consideraciones hasta aquí efectuadas permiten establecer las líneas generales de la presente Ley Modelo, justificar la elección de una Ley especial como técnica legislativa adecuada y el diseño tripartito de la materia regulada. También permite vislumbrar las influencias en las soluciones adoptadas. Aceptado el diseño tripartito: competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones, se planteaba una alternativa fundamental: contemplar particularizada cada institución de Derecho privado y proyectar sobre ella las soluciones de cada una de estas rúbricas (como parcialmente se recoge en la Ley DIPr suiza, en el Código DIPr belgao en el Código DIPr panameño) o introducir dentro de cada una de tales rúbricas las instituciones consideradas. Se consideró que esta última opción era más aconsejable por permitir al operador jurídico individualizar la concreta cuestión de DIPr a la hora de su concreta solución. Esta última técnica, a la que se adhirió la Ley DIPr italiana, también ha sido seguida por el Proyecto uruguayo y por el Proyecto dominicano. Además, la elección de una Ley especial no sólo responde al carácter autónomo del DIPr, sino a lo conveniente, por razones prácticas, facilitando una posible actualización<sup>213</sup>.

73. El Título I ("Disposiciones comunes") va precedido de la determinación del objeto de la Ley que no es otro que la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial en lo que concierne a la extensión y a los límites de la jurisdicción caribeña, a la determinación del Derecho aplicable y a las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, con tres exclusiones expresas: la materia administrativa; el arbitraje comercial y la quiebra y otros procedimientos análogos. A continuación se establecen dos reservas generales a la aplicación de la Ley: en primer lugar, la preferencia de los tratados internacionales de los que el Estado que incorpore la Ley Modelo sea parte que prevalecerán sobre las disposiciones de la Ley y, en segundo lugar, lo dispuesto en Leyes especiales reguladoras de relaciones privadas internacionales. El título se cierra con un apartado dedicado a la definición de los criterios determinantes de la ley del domicilio y la residencia habitual, tanto de las personas físicas, como de las personas jurídicas.

**74.** En el Título II ("Extensión y límites de la jurisdicción caribeña en materia civil y comercial") se regula el ámbito de actuación los tribunales del Estado que se incorpore a la Ley Modelo y de sus límites a través del juego de una serie de criterios que vinculan a las relaciones privadas internacionales con dichos tribunales. Dichos criterios, calificados como foros de competencia, son la expresión de los intereses u objetivos de política legislativa del referido Estado.

Se contemplan los foros de carácter exclusivo que atribuyen competencia exclusiva, única e inderogable a los Tribunales del Estado que se incorpore a la Ley Mo-

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup>T. B. de Maekelt, *Ley venezolana de derecho internacional privado: tres años de su vigencia*, op. cit., , p. 48.

delo sin que ninguna otra jurisdicción pueda conocer de las cuestiones que involucran: inmuebles que se encuentren su territorio; sociedades, inscripciones practicadas en un registro de ese Estado, propiedad intelectual, reconocimiento y ejecución en el territorio de ese Estado de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero, medidas conservatorias que sean ejecutables en dicho territorio y las cuestiones relativas a la nacionalidad. En segundo lugar, se insertan dos foros generales que atribuyen competencia a los tribunales del Estado que se incorpore a la Ley Modelo, cualquiera que sea la materia afectada en el supuesto de tráfico externo: cuando exista sumisión a dichos tribunales o el domicilio del demandado esté situado en su territorio. En tercer lugar, se recogen los foros especiales por razón de la materia; esto es, si los tribunales del Estado que se incorpore a la Ley Modelo carecen de competencia en virtud de los foros generales o si no se trata de una materia sujeta a la competencia exclusiva la competencia de dichos tribunales puede venir afirmada, por razón de la materia concreta, en virtud de los foros especiales. Cada uno de estos foros regula una materia particular o una institución o relación jurídica concreta dentro de una misma materia, por lo cual resulta imposible que dos foros sean llamados a determinar la competencia judicial internacional en una misma materia.

A ellos se une el denominado "foro de necesidad", cuando de las circunstancias se deduzca que el supuesto presenta cierta vinculación al Estado que se incorpore a la Ley Modelo y no pueda incluirse dentro de la competencia judicial internacional de ninguno de los tribunales de los distintos Estados conectados con el mismo, o el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en el caso resulte denegada en el territorio del Estado que se incorpore a la Ley Modelo. Se admite la posibilidad de que los tribunales caribeños puedan abstenerse, a instancia de parte, de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio de dicho Estado en una serie de supuestos que en la terminología anglosajona se determinan como forum non conveniens.

**75.** Únicamente si se han despejado las cuestiones propias de competencia judicial internacional, y sólo entonces, procederá suscitar el segundo interrogante del DIPr: la determinación del Derecho aplicable. A ello se dedica el Título III que está organizado en dos rúbricas.

La primera incluye las denominadas "normas reguladoras", cuya función es dar una respuesta a la ley rectora del concreto supuesto del tráfico privado externo que viene ordenado de la siguiente manera: Derecho de la persona, Derecho de familia, protección de incapaces y obligaciones alimentarias, sucesiones y donaciones, obligaciones contractuales, obligaciones no contractuales y bienes.

En orden a las especiales opciones que el Proyecto suministra debe tenerse en cuenta que:

i) Las respuestas a las cuestiones sobre Derecho aplicable previstas en la ley no estén en contradicción con los compromisos convencionales que obligan al Estado que se incorpore a la Ley Modelo, utilizando cuando esta circunstancia se produzca, la técnica de incorporación por referencia del contenido material de la Convención al ordenamiento con efectos *erga omnes*.

- ii) El modelo normativo elegido ha sido el de la norma de conflicto multilateral en una dimensión funcional, superador del diseñado hace casi dos siglos y que tuvo vigencia durante una buena parte del siglo XX. Dicho modelo está caracterizado por criterios de materialización, en lo que concierne al supuesto de hecho, flexibilización, con el establecimiento de puntos de conexión sucesivos o alternativos, y materialización, a través de la búsqueda de la solución más justa.
- iii) En materia de obligaciones contractuales se ha optado por las repuestas que ofrece uno de los textos jurídicos interamericanos de mayor precisión técnica, cual es la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en México el 17 de marzo de 1994 que, entre otras cosas, se inclina hacia la conveniencia de trasladar al juez la tarea de localizar, a falta de elección de las partes, el ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el contrato, permitiéndole resolver, caso a caso, la cuestión de la ley aplicable.
- iv) Si bien el ámbito material del Título presta especial atención a la materia civil y mercantil, se ha considerado oportuno dar una respuesta a la ley aplicable al contrato de trabajo, el cual, en cuanto típico contrato celebrado con una parte débil, ha experimentado una evolución específica encaminada a la protección de la persona del trabajador en función del carácter tuitivo inherente a la legislación laboral.
- 76. La segunda rúbrica comprende un bloque normativo relativo a las llamadas "normas de aplicación" cuyo destinatario es el juez o la autoridad encargada de llevar a cabo el mandato de las "normas reguladoras". Es un bloque que da respuestas a los denominados problemas generales de aplicación de las normas de conflicto y que en el pasado propició importantes desarrollos jurisprudenciales y doctrinales por la propia insuficiencia de la norma de conflicto en su formulación originaria. Con el nuevo modelo de norma de conflicto que se incluye en el Proyecto muchos de estos problemas desaparecen, por lo que no parece oportuno realizar una ordenación pormenorizada de los mismos siguiendo, por ejemplo, el modelo incorporado en la Convención de la CIDIP sobre normas generales de DIPr de 1979<sup>214</sup> (que no tiene especial predicamento entre los Estados caribeños). Ello justifica que este apartado esté redactado en el Proyecto en términos muy escuetos y con un ob-

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup>El ámbito de aplicación de esta convención establece de forma expresa la primacía del derecho internacional sobre las normas de derecho internacional privado que resulten de fuente interna.La Convención se basa sobre el principio de aplicación de oficio del derecho extranjero, excepcionados los casos en quela ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte.Esta Convención reconoce también, que la interpretación deberá ceñirse al ordenamiento jurídico del cual es parte la ley aplicable y no a las normas de interpretación propias del juez que conoce la causa.Otra excepción del ámbito de aplicación es la norma que decide que en caso de fraude a la ley, los Estados parte tienen derecho de negarse a aplicar el derecho de otro Estado Parte. La Convención establece que recursos procesales serán determinados conforme a la ley del foro (*lex fori*)y da reconocimiento recíproco a situaciones jurídicas bajo la convención.Finalmente, la Convención requiere labúsqueda de la solución más justa para el caso de que una misma relación jurídica este sometida a la regulación de diferentes leyes.

jetivo simplificador<sup>215</sup>, como se desprende, por ejemplo, de la exclusión del reenvío. Aun así, resulta obligado prestar atención a los regímenes de determinación y de interpretación de la ley extranjera, incluyendo las normas de Derecho público, y al juego del orden público como correctivo funcional. Y, sin caer en una concesión a la tradición de escasos vuelos, se ha considerado oportuno incluir en el proyecto tres instituciones que, pese a su formulación en épocas pretéritas, siguen jugando en la actualidad papel relevante: la adaptación, la remisión a un ordenamiento plurilegislativo y los derechos adquiridos.

77. El tercero de los interrogantes del DIPr, el relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros, es objeto del Título IV en lo que se refiere a sentencias extranjeras y se completa con unas disposiciones específicas en torno al reconocimiento de actos jurídicos constituidos en el extranjero con especial hincapié en los actos de jurisdicción voluntaria y en una materia especialmente sensible para la sociedad caribeña cual es la del reconocimiento de las adopciones y de las resoluciones sobre relaciones paterno—filiales pronunciadas en el extranjero. Por último, el título presta atención a una rúbrica necesitada de una respuesta en nuestro sistema jurídico cual es la relativa a la eficacia de los documentos públicos extranjeros.

# 6. Metodología de trabajo y participantes

**78.** La metodología adoptada se ha basado en la recopilación, análisis y selección de la información disponible sobre el DIPr de los Estados de la zona acotada a partir de estudios sectoriales, unos basados en un sistema estatal concreto y otros centrados en el denominador común de pertenencia actual a una orientación jurídica. Es el caso de los territorios en los que rige de alguna manera el sistema británico, francés, holandés y estadounidense. Esta metodología ha permitido procesar información cuantitativa y cualitativa para proporcionar una visión sistemática y multidimensional de las regulaciones en presencia en el área concernida.

**79.** Durante la primera etapa se elaboró y dio respuesta a un cuestionario que fue orientado a los territorios y Estados que constituyen del área OHADAC para conocer las soluciones concretas que en ellos se mantienen en materia de DIPr.

En términos generales la encuesta buscaba respuesta, tras una breve descripción de la situación política, social y económica del territorio o Estado concernido, a las siguientes cuestiones:

- i) Pertenencia del territorio concernido a un sistema de integración económica regional o a un Tratado de Libre Comercio;
- ii) Vinculación del modelo jurídico con una determinada familia jurídica, tanto desde la perspectiva del Derecho material como desde la perspectiva del DIPr;

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> K. Siehr, "General Problemes of Private International Law in Modern Codification: *De lege lata* and *de lege ferenda*", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 7, 2005, pp. 17-61.

- iii) Características del sistema interno de DIPr, esto es si cuentan con ley especial o con proyectos de reforma en tal sentido, si las disposiciones descansan en distintos cuerpos legales, si el Código civil es la base de la ordenación o, por último si las soluciones derivan de la propia creación de los jueces
- iv) Relación de las normas internas que dan respuesta: a) a las cuestiones de competencia judicial internacional, b) a las cuestiones de Derecho aplicable y, c) a las cuestiones de reconocimiento y ejecución de decisiones.
- v) Participación en tratados internacionales de DIPr, con referencia a la fecha de incorporación y a la eventual existencia de reservas o de declaraciones interpretativas: a) Tratados multilaterales (de la Conferencia de La Haya de DIPr, de la UN-CITRAL, de UNIDROIT, de las Conferencias Especializadas sobre DIPr, y otros); b) Tratados bilaterales: de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de asistencia judicial en materia civil, de nacionalidad, de adopción internacional, de protección de menores, y otros. Conocido este elenco convencional se procedió del alcance de la participación de los Estados y territorios que conforman la OHADAC en los tratados internacionales de DIPr, tanto en su dimensión multilateral, atendiendo principalmente a los emanados de la CIDIP y de la Conferencia de La Haya DIPr, como en su dimensión bilateral. Este examen pretendía dos objetivos esenciales, en primer lugar, observar el nivel de aceptación en el territorio considerado de las normas convencionales a los efectos de que puedan servir de inspiración de la Ley Modelo que se proyectaba redactar; en segundo lugar, comprobar las contradicciones que estos instrumentos pudieran suscitar a una moderna reglamentación del DIPr advirtiendo de las bondades de su eventual renuncia caso de que el proyecto de Ley Modelo sea aprobado, total o parcialmente, por los destinatarios de la misma.
- vi) Líneas jurisprudenciales del sistema ("les grands arrêts de la jurisprudence en matière de droit international privé"). Esto la obtención de la mayor información posible en torno a las decisiones de los tribunales de los territorios y Estados miembros concernidos en materia de tráfico jurídico externo. Dicha información ha sido de una utilidad inapreciable a la hora de construir el texto de la Ley Modelo y optar por una de las solución concreta en la regulación de las distintas materias que van a ser objeto de consideración.

Las contestaciones a dichos interrogantes debían de ir acompañadas por unos anexos legislativos y jurisprudenciales relativos al Estado o territorio concernido.

**80.**Una vez sentada la base legal o jurisprudencial de cada sistema concreto se procedió al estudio de las respuestas, en caso de que existieran, a los tres interrogantes básicos de la materia que son, en primer lugar, la ordenación de la competencia judicial internacional de los tribunales, en segundo lugar la determinación de la ley aplicable y, por último, el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Este examen comprendió el DIPrstrictu sensu, con inclusión del derecho de la persona, tanto físicas como jurídicas, y de la familia, el derecho de sucesiones, el derecho obligaciones y contratos y el régimen de los derechos reales.

Se excluyeron las materias correspondientes al Derecho de los negocios internacionales que son objeto de otros estudios paralelos en el marco de este proyecto de la OHADAC dirigidos por los profesores Sixto Sánchez Lorenzo y Rodolfo Dávalos Fernández y que precisarán en el futuro de una mayor consideración en función de la complejidad de la materia.

81. Durante esta primera etapa el equipo fue numeroso y cubrió diversos espacios caribeños. El estudio de los territorios británicos de ultramar fue realizado por Jose Maria del Rio Villo, Rhonson Salim y James White quienes tras evaluar los datos de la encuesta efectuada en estos territorios publicaron un documentado informe titulado "Collective Notes on Private International la in Certain Caribbean States"; Lukas Rass–Masson, investigador de la Université Paris II–Assas en otro documentado informe puso de relieve la vitalidad de la influencia holandesa en un contexto de diversidad de modelos de emancipación; por último, un estudio del profesor de la Universidad de París II–Assas Bertrand Ancel puso de relieve la solidez actual de la soberanía francesa en el espacio de la OHADAC en particular sobre cuatro grupos insulares y un territorio continental, habitados por una población de más de un millón cien mil habitantes.

Pasando al estudio de los sistemas nacionales de DIPr se ha contado con un estudio global, también a partir de los resultados del cuestionario previamente formulado, sobre las normas de DIPr de Colombia a cargo de Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Profesora titular de DIPr de la Universidad Complutense de Madrid y de José Luis Marín Fuentes de la Universidad de Medellín; la Profesora Ana Fernández Pérez de la Universidad de Castilla la Mancha ha prestado atención a los sistemas de Costa Rica y Puerto Rico, este último de extraordinario interés por dos razones, de un lado, por constituir la confluencia de dos modelos tradicionalmente enfrentados (civil law y common law) y, de otro lado, por existir una importante iniciativa de reforma a partir de un texto en el que fue relator especial el profesor Symeon C. Symeonides de laUniversidad de Willamette; los profesores José Carlos Fernández Rozas y Rodolfo Dávalos Fernández estudiaron el sistema cubano y el primero de estos profesores, junto con el Profesor Nathanael Concepción de la Fundación Global Democracia y Desarrollo de de la República Dominicana, el sistema vigente en este último país junto con el análisis detallado del Proyecto de Ley de DIPr presentado al Parlamento en 2014 en el que ambos participaron como miembros de su comisión redactora; volviendo a centroamérica, las normas nicaraguenses han sido examinadas por Enrique Linares, becario de investigacion de la Universidad Complutense de Madrid mientras que las hondureñas han corrido a cargo de la profesora Gaudy Bustillo de la UniversidadNacional Autónoma de Honduras; para el estudio del sistema panameño y el Proyecto de Reforma de 2013 el Dr. Juan Cárlos Aráuz Ramos, vicedecado del Colegio de abogados de Panamá, ha tenido muy en cuenta las aportaciones del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá Gilberto Boutin y el ambicioso Código de DIPr mexicano ha sido objeto de tratamiento por el profesor José Carlos Fernández Rozas en tanto que miembro de la Academia Mexicana de DIPr y comparado; por último, el completo modelo venezolano ha contado con un examen exhaustivo por parte de la Dra. Claudia Madrid Martínez, Profesora Asociado en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello.

**82.**Una vez examinados los resultados de la encuesta, se nombró ponente para realizar un borrador preliminar al profesor **José Carlos Fernández Rozas**. En dicho borrador preliminar se determinó el modelo a seguir desde la perspectiva de la técnica legislativa a partir de la opción de una ley especial. Para ello el relator siguió muy de cerca los procesos que tuvieron lugar en Europa a partir de las experiencias austríaca, turca, suiza, belga, italiana y polaca y en América Latina tomando como referencia los proceso seguido en Venezuela y Panamá, que concluyeron satisfactoriamente, y los hitos que se han producido en Puerto Rico, Colombia y Uruguay y, más recientemente, los que se están desarrollando en México y en la República Dominicana.

El ponente ante la alternativa de determinar si era más conveniente una sistemática que tomase como referencia la materia regulada o si, por el contrario, si era más adecuada una estructura tripartita en la que la determinación de la competencia judicial internacional debería proceder a la solución de los problemas de Derecho aplicable concluyéndose con una respuesta a las cuestiones referentes al reconocimiento y ejecución de decisiones optó por esta segunda vía.

El borrador de Ley modelo fue expuesto a la consideración de los cinco miembros de la Comisión Redactora del Proyecto: Prof. Dr. Bertrand Ancel, Catedrático de DIPr de la Universidad París II—Assas, Prof. Dr. Pedro A. De Miguel Asensio, Catedrático de DIPr de la Universidad Complutense de Madrid, Prof. Dr. Rodolfo Dávalos Fernández, Profesor Principal de la Universidad de La Habana y Prof. Dr. Santiago Álvarez González, Catedrático de DIPr de la Universidad de Santiago de Compostela. Tras amplios debates entre la Comisión y el ponente este último incorporó las observaciones en un nuevo texto destinado a la que también fue objeto de discusióny que dio como resultado el texto de Ley Modelo que ahora se presenta para su discusión y debate.

**83.** A los efectos de facilitar la discusión del referido texto, la Comisión redactora y el ponente se distribuyeron los preceptos contenidos el texto articulado del proyecto a los efectos de realizar los comentarios oportunos donde no sólo se justificará la opción elegida en cada uno de los preceptos, desde una perspectiva de técnica legislativa y doctrinal, con respaldo en los datos suministrados por las contestaciones al cuestionario previamente elaborado, con las referencias oportunas de Derecho comparado a los diversos sistemas jurídicos de los Estados y territorios que conforman la OHADAC y ejemplos de aplicación. En la preparación de dichos comentarios individualizados la Comisión redactora contó con el concurso del profesor **Rafael Arenas García** Catedrático de DIPr de la Universidad Autónoma de Barcelona y de **Mª Pilar Jiménez Blanco**, Profesora titular, habilitada Catedrática de DIPr de la Universidad de Oviedo.

# 7.Difusión pública y debate

**84.** El presentación de la presente Ley Modelo no es un fin en si mismo. No es más que la conclusión de una etapa cuyo propósito era presentar en forma codificada toda una serie de estudios elaborados por una Comisión en el marco de un

acuerdo de colaboración con ACP legal. La difusión de estos resultados pretende contribuir al conocimiento de la situación actual y plantear un debate sobre las estrategias, instrumentos y gestión de una codificación futura de esta materia.

Considerada la gran importancia política o económica de la Ley Modelo y habida cuenta que la regulación propuesta espor esencia compleja y muy amplia, la participación con los agentes interesados (a través de los lobbies o bien directamente) pueden ser considerados fácilmente como insuficientes o incompletos. Por esta razón, es menester proceder a una difusión pública de este instrumento con el fin de dar a conocer sus puntos de vista y algunas de sus ideas en estudio, invitando a todos los agentes o individuos interesados en participar a hacerle llegar sus impresiones, opiniones, proposiciones o temores acerca de una posible regulacion de esta materia. La deliberación que se abrirá paso tras la publicación de los resultados de esta fase resultará esencial al poder disponerse de una perspectiva suficiente de las opiniones y preocupaciones manifestadas y estar en disposición de proceder a elaborar una propuesta definitiva, que posteriormente habrá de seguir su curso legislativo.

El proceso de debate público que se iniciará tras la adopción del texto constituye una oportunidad excelente para que los grupos de presión y otros interesados puedan hacer llegar sus opiniones, defender sus intereses, y en definitiva influir en el proceso decisorio. Por eso, tras la fase que concluye con el presente instrumento se abre otra mucho más importante con su puesta a disposición de a los operadores jurídicos, organizaciones y particulares interesados para invitarlos a participar en un proceso de consulta y debate de cuyos resultados, saldrá un nuevo texto consolidado. Se trata de establecer un mecanismo de participación de los sectores implicados que les permita presentar sus propuestas, opiniones o discrepancias en el proceso de adopción del Texto final de la Ley Modelo. Un Congreso internacional debería valorar los resultados y establecer el mecanismo deredacción definitivo.

No debe olvidarse que quienes experimentan directamente las consecuencias de las normas de DIPr no son los Estados, sino los propios particulares: la sujeción a una u otra jurisdicción estatal o la aplicación de uno u otro Derecho material son consecuencias quebenefician o padecen directamente los particulares implicados y sólo indirectamente los Estados.

- **85.** En suma, a través de un bloque normativo integrado y estructurado se pretende:
- i) Mostrar de forma coherente una serie de datos cuantitativos e información cualitativa que permita una valoración de los instrumentos actuales, de sus potencialidades y de sus demandas, lo que puede ser de utilidad para la optimización de la codificación del DIPr en el marco geográfico acotado. Se ofrece al respecto un conjunto de recursos y procedimientos esenciales para elaborar un proyecto de regulación a partir de una justificación y de la redacción del contenido material de manera accesible a los sujetos a los que está destinado
- ii) Concretar la necesidad, demanda social o institucional que se quiere satisfacer mediante la regulación que se va a abordar y delimitación del ámbito regulado con

estimación sobre viabilidad jurídica y material y los trámites e informes que se estimen procedentes.

En esta fase la única palabra la tienen los Parlamentos nacionales, los únicos depositarios de la soberanía popular.

## COMENTARIOS AL TEXTO ARTICULADO<sup>216</sup>

## TÍTULO I

#### DISPOSICIONES COMUNES

Attention déjà traduit en français!!! Ne pas retraduire v. envoi du 29/09/2014

Art. 1. Objeto de la Ley. 1. El objeto de la presente Ley es la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial. Dicha Ley rige, en particular:

- i) La extensión y los límites de la jurisdicción caribeña.
- ii) La determinación del Derecho aplicable.
- iii) Las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras.
- 2. Son internacionales las relaciones privadas que presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico a través de sus elementos constitutivos, correspondientes a la persona de sus sujetos, a su objeto, o a su creación.

**86.** L'article 1<sup>er</sup> est très classiquement une disposition d'ouverture décrivant l'objet de la loi modèle et indiquant ainsi son ambition<sup>217</sup>. Sans être démesurée, cette ambition est relativement vaste. Alors que certaines législations contemporaines choisissentde ne traiter que les conflits de lois ou questions de droit applicable – c'est le cas de la loi polonaise du 4 février 2011 ou de la loi néerlandaise du 19 mai 2011 introduisant un livre X dans le Code civil des Pays—Bas – et de confier les conflits de juridictions, c'est—à—dire les questions de compétence judiciaire internationale et de circulation internationale des jugements et actes publics, à un texte distinct ou à un Code de procédure civile, la loi modèle se propose d'embrasser conjointement les trois groupes de problèmes que rencontre le développement international d'une relation de droit privé. Le dessein est donc de proposer une codification du droit international privé dans son volet objectif<sup>218</sup>. Inspiré par le

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup>**Observación general:** Las referencias a "Caribe" o "caribeñas" de la presente Ley hacen referencia al Estado y a las relaciones conectadas con el Estado que decida incorporar la Ley Modelo.

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> CONC.: Arts. 1.2° y 2 Código DIPr panameño; art. 1° Ley DIPr suiza; art. 1 Ley DIPr italiana; art. 2 Código DIPy belga; art. 1 Ley DIPr polaca; art. 1 Proyecto boliviano; art. 1° Proyecto dominicano; 1° Proyecto portorriqueño; art. 1ª Proyecto argentino; art. 1° Proyecto colombiano; art. 2 Proyecto mexicano; art. 1° Proyecto uruguayo.

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> Etablissant le régime international des rapports de droit privé, ce volet objectif s'oppose au volet subjectif qui traite de la condition des personnes, c'est-à-dire de la nationalité et de la condition des étrangers

souci d'harmoniser le traitement juridique des rapports transfrontières afin de faciliter ceux-ci au sein de la zone caraïbe, le programme OHADAC ne prévoit pas de mettre en place un droit matériel commun en matière civile et commerciale qui pourrait se distribuer en plusieurs codes (code civil, code de commerce, code de procédure civile) entre lesquels pourraient être répartis, comme cela se fait dans divers Etats, les dispositions relatives aux conflits de lois et aux conflits de juridiction. L'entreprise au temps présent serait téméraire ; avec plus de réalisme et de sagesse, la loi modèle suppose le maintien, pour un certain temps encore, d'une certaine diversité conservant à chaque ordre juridique son identité et par conséquent ne prétend pas affecter ou modifier les droits internes des Etats concernés. Pourtant, comme une loi modèle ne constitue qu'une offre de législation, elle pourra une fois reçue par un Etat et pour autant que cela y est jugé nécessaire, être désossée et répartie entre les divers monuments législatifs en vigueur dans cet Etat. Mais ce dépeçage ne saurait être recommandé, car il risquerait en plaçant les règles de droit international privé sous la coupe du droit interne, d'encourager les interprétations divergentes et de compromettre la cohérence de l'ensemble<sup>219</sup>.

**87.** La composition de cette loi modèle, sinon sa structure, correspond à celle de la Loi italienne n°218 du 31 mai 1995 portant Réforme du système italien de droit international privé, ou à celle de La loi de droit international privé vénézuélienne du 6 août 1998, ou encore à celle du Code belge de droit international privé (Loi du 16 juillet 2004) ; on pourrait aussi évoquer ici le précédent de la Loi de droit international privé suisse (LDIP) du 18 décembre 1987, mais si le spectre des matière est comparable, l'économie générale du texte est différente et le rapproche plutôt de l'Avant–Projet de Loi de droit international privé de la République dominicaine de 2013.

La loi modèle comporte en effet trois titres centraux, entourés par un titre 1<sup>er</sup> recueillant quelques dispositions communes et par un titre V consacré aux dispositions finales.

**88.** L'article 1<sup>er</sup> destine l'ensemble de ces règles aux rapports privés à caractère international et de nature civile et commerciale.

En son paragraphe 2, il donne quelque précision sur l'internationalité susceptible de caractériser le rapport de droit privé. Est international le rapport qui par tel ou tel de ses éléments constitutifs est relié à plus d'un ordre juridique. La formule opte de la sorte pour une conception juridique de l'internationalité, ce qui dans un texte de portée aussi générale se justifie par l'insuffisance du critère économique; fondé surun mouvement transfrontière de valeurs économiques, celui—ci, d'une part, n'a de légitimité que pour l'application d'un groupe restreint des règles extra—étatiques propres à certains aspects du commerce international se plaçant sous la dénomination de *jus mercatorum* et, d'autre part, il ne vise qu'une fraction limitée de l'ensemble des rapports appréhendés par la loi modèle qui s'assigne un domaine matériel beaucoup plus vaste. Au demeurant, le critère juridique est celui qui est retenu par la plupart des lois modernes de droit international privé lorsqu'elle ju-

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup>Vid. infra commentaire sous art. 3.2°

gent utile de définir l'internationalité (vid. les projets mexicain, panaméen, uruguaven, les lois vénézuélienne, polonaise, et roumaine).

Les éléments déterminant le caractère international sont afférents soit à la personne des sujets, soit à l'objet soit encore à la source de la relation ; il s'agira donc tantôt de la nationalité de l'une des parties, ou de son domicile ou de sa résidence habituelle, tantôt du lieu de situation du bien mobilier ou immobilier ou du lieu d'exécution de l'obligation, tantôt enfin du lieu de formation du contrat ou lieu du fait dommageable ou encore de l'autorité intervenant ou étant intervenue dans la création du rapport. Dans la mesure où ils attestent que le rapport privé se développe également dans un ordre juridique distinct de celui où se situe l'interprète, mais aussi bien armé pour résoudre les questions de droit, ces éléments usuellement appelés éléments d'extranéité signalent le risque de « conflit », c'est-à-dire une hésitation née de la concurrence des systèmes juridiques portant soit sur la détermination des tribunaux compétents, soit sur la détermination de la loi applicable, soit encore, le cas échéant, sur l'autorité de la décision prise à l'étranger.

89. Les rapports privés à caractère international auxquels la loi modèle se consacre relèvent, selon la précision de l'article 1er de la matière civile et commerciale. Cette spécification qui s'articule sur le concept de droit privé est directement empruntée au droit de l'Union européenne<sup>220</sup>, dans l'acception qu'elle reçoit de l'interprétation que la Cour de justice fait de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (désormais Règlement Bruxelles I); elle a pour fonction de délimiter le domaine d'application de ces instruments et en particulier d'éliminer les rapports de droit public. La justification de cet emprunt à cette fin est apportée par la considération suivante : constatant le caractère fluctuant de la distinction entre droit privé et droit public selon les systèmes qui la connaissent et où elle joue un rôle majeur et son caractère un peu énigmatique pour les systèmes qui, sans l'ignorer, ne lui confèrent pas un rôle cardinal, la Cour de justice a entrepris de construire une interprétation autonome qui réponde aux objectifs et au système de la convention dans le cadre des principes généraux que partagent l'ensemble des systèmes nationaux; or, les Etats de l'espace OHADAC sont tout autant que l'Union européenne héritiers de traditions diverses à l'intérieur des familles romano-germanique et anglo-américaine et le critère de la matière de droit public fondé par la Cour sur « l'intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique » a semblé pouvoir constituer une base de départ opératoire, sur laquelle il appartiendra ensuite à l'ensemble des Etats ayant adopté la loi modèle de développer de leur côté le concept en fonction des exigences de coopération auxquelles ils auront adhéré.

<sup>&</sup>lt;sup>220</sup> Lequel l'avait sans doute recueillie des conventions de La Haye relatives à la procédure (par exemple: 1<sup>er</sup> mars 1954 [procédure civile], 15 novembre 1965 [notifications], 18 mars 1970 [obtention des preuves], 1<sup>er</sup> février 1971 [avec un protocole du même jour : reconnaissance et exécution des jugements] ou 25 octobre 1980 [accès à la justice], mais lui donne aujourd'hui une portée plus générale, *vid.* Règlement CE n° 595/2008 et Règlement CE n°846/2007

# Art. 2. *Materias excluidas*. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley

- i) Las materias, fiscales, aduaneras y administrativas.
- ii) La Seguridad Social
- iii) El arbitraje comercial.
- iv) La quiebra y otros procedimientos análogos.
- **90.** L'article 2, dont l'ascendance européenne est évidente<sup>221</sup>, apporte, comme croit devoir le faire aussi le projet dominicain, quelques précisions complémentaires sur le domaine couvert par la loi modèle.
- **91.** Ainsi il confirme l'**article 1**<sup>er</sup> par l'exclusion des *questions fiscales, douanières et administratives*, qui relèvent de son point de vue du droit public. Il n'est pas inutile en effet d'y insister un peu ; la division droit privé—droit public est historiquement le corollaire de la distinction qui structure l'organisation du pouvoir juridictionnel dans certains Etats en opposant les tribunaux de l'ordre judiciaire et les tribunaux de l'ordre administratif. Or, la correspondance entre les organes et les matières n'est pas toujours stricte et, par exemple, dans le système français les juridictions de l'ordre judiciaire ont des compétences en matière fiscale ou douanière qui pourraient brouiller les lignes de partage. L'article 2, i) substitue sa propre architecture aux constructions nationales qu'une expérience historique propre a pu rendre parfois un peu baroque<sup>222</sup>.
- **92.** Le contentieux de la protection sociale est également retranché du domaine de la loi modèle ; c'est la nature mixte, empreinte à bien des égards de droit public, qui justifie et mesure ici l'exclusion. Échappent à la loi modèle les rapports entre les institutions de prévoyance et l'une ou l'autre des deux catégories de contributeurs, d'une part, les employeurs ou, d'autre part, les employés ou les ayants droit. De tels rapports s'établissent sur le mode de la sujétion et de l'adhésion forcée plutôt que sur celui de l'égalité et de l'autonomie des intéressés. En revanche, les recours contre les tiers responsables de dommage que peut exercer l'institution qui a indemnisé l'assuré ne sont pas marqués de ce caractère de sujétion et relèvent du domaine de la loi modèle dès lors qu'ils se conforment au droit commun.
- **93.**L'arbitrage est également soustrait au domaine de la loi modèle. Il suffirait ici de rappeler que l'arbitrage international forme d'ores et déjà la matière d'un réseau assez dense de conventions internationales dont il n'est peut—être pas opportun de perturber le fonctionnement par l'introduction de normes particulières

 $<sup>^{221}</sup>$  Règlement CE n° 44/2001, art. 1er, § 2 (UE n°1215/2013, art. 1er §2) ; Convention de Lugano du 16 septembre 1988, art. 1er (Convention de Lugano du 30 octobre 2007, art. 1 §2); Projet dominicain, art. 2.

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> CONC.: Art. 2 Proyecto dominicano.

supplémentaires. Dans le cadre du programme OHADAC, à vrai dire, il est à peine besoin de justifier cette exclusion; l'arbitrage y est l'objet d'une étude spécifique destinée à préparer un règlement—modèle. Néanmoins la loi modèle comporte quelques rares dispositions destinées à assurer la coordination de la juridiction étatique avec les activités d'arbitrage.

A la différence du projet dominicain, l'exclusion atteint non seulement l'arbitrage commercial international, mais encore l'arbitrage civil ou plus exactement l'arbitrage en tant qu'il porte sur des différends relevant du droit civil. C'est qu'à la vérité sur le plan internationalle rôle et les caractères de ce mode de règlement des litiges ne varient pas significativement selon qu'il s'agit de vider une querelle entre héritiers par exemple ou selon qu'il s'agit de trancher un différend entre un fournisseur et son client.

**94.** Enfin, l'article 2, iv) écarte les procédures d'insolvabilité, c'est-à-dire les « procédures fondées [...]sur l'état de cessation de paiement, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit du débiteur, impliquant une intervention de l'autorité judiciaire aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens ou à tout le moins un contrôle de cette autorité<sup>223</sup> » ; c'est ainsi que la Cour de justice de la Communauté européenne balisait le champ de l'exclusion prévue parl'article 1er, §27 de la Convention de Bruxelles de 1968, tout en précisant que cette exclusion ne frappe que l'action qui « dérive directement de la faillite et s'insère étroitement dans le cadre d'une procédure collective<sup>224</sup> ». Il s'ensuit par exemple que la mise en cause des dirigeants de l'entreprise en raison de l'étendue du passiféchappe à la loi modèle tandis que la demande formée contre le débiteur aux fins de paiement de fournitures effectuées pour les besoins de l'exploitation continuée pendant le cours de la procédure d'insolvabilité ne souffre pas de l'exclusion et doit se conformer aux règles de la loi modèle. Ainsi définie, l'exclusion est justifiée par la nature de la procédure comme par ses modalités qui confient à l'autorité publique un rôle important ; il s'agit d'une procédure de substitution à l'exécution forcée qui, dans l'intérêt collectif de tous les opérateurs d'un marché, tend à l'assainissement des relations commerciales. La faillite n'est pas considérée comme une simple affaire d'intérêt privé.

**95.** Contrairement au système Bruxelles 1, l'article 2 de la loi modèle n'écarte pas l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et successions, toutes matières qui ressortissent naturellement au domaine d'une loi générale de droit international privé.

Mais il faut aussi souligner que l'exclusion frappant l'objet principal d'un litige peut atteindre les questions touchant à ces matières non exclues lorsque celles—ci y sont soulevées incidemment, comme, à l'inverse, le juge saisi d'un litige portant à titre principal sur une question non exclue pourra connaître, selon ce qu'autorise sa loi de procédure, des questions incidentes tombant dans le champ de l'exclusion.

<sup>&</sup>lt;sup>223</sup> CJCE 22 février 1979, aff. 133/78, Gourdain c. Nadler

 $<sup>^{224}</sup>Ibid.$ 

- Art. 3. Tratados internacionales. 1. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán en la medida en que sean conformes con lo dispuesto en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte. En caso de contradicción prevalecerán las disposiciones de los tratados.
- 2. En la interpretación de tales tratados, se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme.
- 96. Le premier paragraphe de cet article 3 établit ou confirme une hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique de l'Etat qui adopte la loi modèle<sup>225</sup>. Cette adoption, qui est une démarche normative unilatérale de l'Etat, ne peut avoir pour effet d'altérer les engagements que celui—ci aurait pris par la voie conventionnelle envers un ou plusieurs autres Etats d'introduire dans son ordre juridique (et partant d'obliger ses organes internes à appliquer) les normes correspondant aux dispositions du traité. Le §1 ne fait que rappeler une solution de droit constitutionnel très largement reçue, établissant la suprématie des traités internationaux ou plus exactement des normes dont ils commandent l'introduction dans le système interne; cette suprématie résultant de l'engagement international s'exerce sur les règles unilatéralement adoptées par l'Etat et relevant de sa législation nationale, même lorsque celles—ci sont empruntées à un instrument d'harmonisation internationale tel qu'une loi modèle.
- **97.** Le §2 reprend une directive qui figure dans plusieurs traités internationaux multilatéraux et qui est destinée à favoriser l'unité d'interprétation entre les Etats parties. Cet objectif sera approché par le remplacement de la référence aux principes, catégories et politiques législatives gouvernant le fonctionnement du système de droit interne, variables selon chaque ordre juridique, par une référence commune aux principes et fins arrêtés par l'instrument conventionnel ; c'est ce que vise « la prise en compte du caractère international » des dispositions du traité.

Dans la mesure où les règles issues de la loi modèle appartiennent, dans l'ordre juridique de l'Etat qui l'a adoptée, au système juridique national, il peut arriver qu'une même situation soit perçue, quant à sa qualification ou quant aux effets qu'elle produit, de manière différente selon qu'elle est envisagée du point de vue du traité ou du point de vue du système national. Le §2 interdit de résoudre ces divergences ou antinomies en faveur des conceptions nationales et, partant, de celles que mettent en œuvre les règles issues de la loi modèle.

<sup>&</sup>lt;sup>225</sup> CONC.: Art. 1.1° Código DIPr panameño; art. 1.2° Ley DIPr suiza; art. 2 Ley DIPr italiana, art. 2 Código DIPr belga, Art. 2557.3° Código de procedimiento civil rumano; art. 1 Ley DIPr venezolana; art. 4 Tratado de La Haya de 11 mayo 1951 que incorpora una Ley Uniforme de DIPr para el Benelux, art. 7.1° Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías; Art. 18 Convenio de Roma de 19 junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales; art. 38 Ante-Proyecto de Convención de la Conferencia de La Haya de 1999sobre la competencia y los efectos de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil; art. 2 Proyecto argentino; art. 3 Proyecto dominicano; art. 3, g) y h) Proyecto mexicano; art. 1.1° Proyecto uruguayo.

- **98.** Cette solution ne s'impose pas de toute nécessité sur le plan rationnel. Une formule incitant à la coopération entre les Etats ayant adopté la loi modèle aurait pu, sans modifier le §1<sup>er</sup>, énoncer :
  - **Art.** 3.Tratados internacionales. 1. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán en la medida en que sean conformes con lo dispuesto en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte. En caso de contradicción prevalecerán las disposiciones de los tratados.
  - 2. Sin embargo, como en la interpretación de tales tratados, en la interpretación de las disposiciones de la presente Ley se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme.

La directive d'interprétation résultant de cette rédaction est toute différente ; sans doute elle ne modifierait en rien l'exigence d'une référence aux principes et objectifs comme à l'économie du traité lorsqu'il s'agit de l'interprétation de la règle conventionnelle et pas davantage elle ne mettrait en cause la suprématie du droit conventionnel, mais elle détendrait le lien entre les règles issues de la loi modèle et le système national de droit interne auquel leur adoption les intègrerait spontanément et elle rattacherait l'interprétation de ces règles aux principes et objectifs de la loi modèle. Cette inflexion pourrait avoir incidemment l'effet de diminuer les risques de discordance avec le droit conventionnel, surtout elle aurait pour vertu première de favoriser l'harmonisation des solutions de droit international privé entre les différents Etats ayant adopté la loi modèle ; en quoi, elle garantirait la cohérence de la démarche de ces Etats.

Mais il ne faut pas dissimuler les difficultés pratiques que rencontrerait l'observation de pareille directive qui passe par une prise en compte de données délicates à définir ; aujourd'hui, ces données semblent, chez les promoteurs de cette directive, devoir se résumer à la jurisprudence de chacun des Etats ayant adopté et mis en application la loi modèle ; il conviendrait donc de collecter et de mettre les décisions composant cette jurisprudence à la disposition des tribunaux et des praticiens du « club OHADAC » afin de leur permettre de délibérer et motiver l'interprétation à laquelle ils choisissent de s'arrêter<sup>226</sup>.

Art. 4. Leyes especiales. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán a reserva de lo dispuesto en Leyes especiales reguladoras de relaciones privadas internacionales. En caso de contradicción prevalecerán éstas últimas.

<sup>&</sup>lt;sup>226</sup>Vid. les développements que consacrent à cette question A. Giardina, "Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno", *Riv. dir. int.*, 1973, p.101; S. Bariatti, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986, K. Parrot, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2006, pp. 256 et seq.

**99.** Specialia generalibus derogant. La loi modèle est une loi générale de droit international privé; dans cette fonction, il lui incombe de fixer les principes de la discipline et de baliser les voies à suivre à défaut de solutions particulières légalement définies<sup>227</sup>. Aussi bien, elle n'a d'autre vocation, en présence de lois spéciales réglant tel ou tel problème particulier, que celle d'orienter l'interprétation que rendent parfois nécessaire la variété et la complexité des situations que visent celles—ci ; il n'appartient pas à la loi modèle d'écarter et remplacer les lois spéciales.

# Art. 5. Determinación del domicilio y de la residencia habitual. 1. A los efectos de la presente Ley se entiende por:

- i) Domicilio: el lugar de residencia habitual;
- ii) Residencia habitual:
- a) El lugar donde una persona física esté establecida a título principal, incluso aunque no figure en registro alguno y aunque carezca de autorización de residencia. Para determinar ese lugar se tendrá en cuenta, en particular, las circunstancias de carácter personal, familiar o profesional que demuestren vínculos duraderos con dicho lugar.
- b) El lugar donde una persona jurídica o moral tenga su sede social, administración central o su centro de actividad principal.
- c) El lugar donde esté situada la administración de un trust o el centro de sus principales intereses.
  - 2. Ninguna persona física puede tener dos o más domicilios.
- **100.** De manière générale, la loi modèle se rallie au rattachement par le *domicile*, de préférence à la nationalité et elle s'efforce de préciser ce qu'il convient d'entendre par domicile lorsque ses dispositions utilisent ce critère. Il convient alors de distinguer selon qu'est en cause une personne physique ou une personne morale, ou encore un trust<sup>228</sup>.
- 111. S'agissant des *personnes morales*, la loi modèle retient trois localisations possibles : le lieu du siège social, le lieu de l'administration centrale et le centre d'activité principal. Chacun de ces rattachements apporte son lot de difficultés. Le centre d'activité principal risque d'être mis en échec lorsque la société, par exemple, une compagnie aérienne issue de la fusion de deux sociétés opérant à partir de pays différents, continue d'exercer en ceux—ci ses activités à parts sensiblement égales, ou lorsque la société développe des activités d'exploitation, de fabrication,

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> CONC: Art. 2 Código DIPr belga; art. 2557.3ª Cc rumano; art. 4 Proyecto dominicano.

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> CONC.: Arts. 20 y 21 Ley DIPr suiza; art. 4 Código DIPr belga; art. 2570 Cc rumano, arts. 11 a15 Ley DIPr venezolana, art. 1.2ª Ley Uniforme Benelux; art. 6, letras b) a g) Proyecto Código DIPr argentino; arts. 16, 17 y 34 Proyecto colombiano; art. 5 Proyecto dominicano; art. 4 Proyecto potorriqueño.

de transformation et de distribution dans des pays différents... Le lieu de l'administration centrale peut être celui où est implantée la direction générale opérationnelle ou bien celui où se réunissent les organes de direction et de contrôle de la société... Le siège social qui vient en tête de la liste est exposé traditionnellement à se dédoubler en siège social statutaire et siège social réel et, au contraire de l'article 60, §1 du Règlement Bruxelles 1 dont il s'inspire, l'article 5 ne tranche pas cette hésitation. Une interprétation concevable qui permettrait néanmoins de se soustraire au dilemme du siège social statutaire et du siège social réel, consisterait à réputer ce dernier au lieu de l'administration centrale et à considérer que, sous la dénomination de siège social, la *littera* b) ne vise que celui qui est mentionné dans les statuts, lequel se situe généralement sur le territoire de l'Etat dans lequel la personne morale a été constituée et enregistrée.

112. Même avec ces incertitudes, la triade des localisations ne soulèvera pas de difficulté insurmontable lorsque le domicile est utilisé aux fins de déterminer la compétence judiciaire : elle offre une option au demandeur à qui il incombera, en cas de contestation, de persuader le tribunal que son choix correspond effectivement à l'un ou à l'autre des rattachements énumérés ; le système se caractérise alors par une grande souplesse qui sera appréciée du demandeur en contrepartie du risque non négligeable d'encourager les exceptions d'incompétence (soulevées peut—être à fin dissuasive ou dilatoire) et de favoriser les procédures parallèles (conflits auxquels peut apporter remède l'article 20).

Les problèmes seraient sans doute plus aigus si le domicile de la personne morale ainsi entendu avait vocation à déterminer la loi applicable aux sociétés ; son caractère « flottant » se répercuterait sur la désignation de la loi applicable et affecterait d'instabilité le régime juridique de la société. L'**article 27** de la loi modèle préfère retenir un rattachement, qui peut paraître cumulatif, par le lieu de constitution et le lieu de situation du siège social, mais qui le plus souvent correspond au lieu de situation du siège statutaire.

Ainsi limité aux conflits de juridiction, le rattachement alternatif par le siège social, le lieu de l'administration centrale et le centre d'activité principal, d'un côté, met à la disposition de l'Etat un chef de compétence exclusive de l'**article 9** susceptible d'appréhender assez largement les contentieux concernant les sociétés qui s'intègrent de manière significative à son espace économique et, d'un autre côté, il porte à tempérer la rigueur avec laquelle sera appréciée la légitimitéde la compétence des tribunaux étrangers dont les décisions seront soumises à reconnaissance ou exécution.

113. S'agissant des *trusts*, que la loi modèle entend ne pas négliger puisqu'un certain nombre de systèmes juridiques de l'espace OHADAC connaissent cette institution et entendent en favoriser l'utilisation, l'article 5 §1, ii) *litt. c*, propose deux critères d'identification du domicile : le lieu où est située l'administration du trust, le centre de ses intérêts principaux.

C'est évidemment dans les territoires composant l'héritage britannique et entrés dans l'orbite du *common law* que le trust est diffusé. Mais, en raison de la concu-

rrence entre systèmes juridiques, l'institution s'y est quelque peu écartée du modèle anglais et se rapproche du modèle du « trust international<sup>229</sup> » jugé plus attractif et sans doute plus accessible aux éventuels constituants de culture civiliste; ce modèle de « trust international » est celui que la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance a construit dans ses articles 2 et 3<sup>230</sup> pour assurer l'accueil des trusts volontaires dans les pays de tradition romano-germanique. Quoique cette convention ne se préoccupe pas du domicile du trust, elle fournit indirectement une directive de localisation par la voie des règles de conflit de lois (art. 6 et 7) qui mettent en œuvre le principe d'autonomie et subsidiairement des liens les plus étroits ou de proximité pour déterminer la loi applicable, à l'observation de laquelle est subordonnée la reconnaissance (art.11). Dans cette perspective, il conviendrait de se référer par priorité à laloi choisie par le constituant et ensuite, à défaut de choix, de tenir compte de divers éléments tels que le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, de la situation des biens du trust, de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee, des objectifs du trust et des lieux où ceux-ci doivent être accomplis.Cependant la lettre c) du §1 de l'article 5 n'élève pas au premier rang la volonté du constituant qu'elle ne mentionne pas explicitement, même si elle n'exclut pas l'action de cette volonté dans la détermination du domicile.

114. Avec la loi modèle, le domicile a théoriquement vocation à intervenir dans le domaine du conflit de juridictions comme dans celui du conflit de lois. Cependant aucune disposition spéciale tendantà la détermination de la loi applicable au trust n'a été introduite qui puisse soustraire le régime international de celui—ci aux solutions de conflit du titre III, chapitre 1<sup>er</sup>, à moins que ces dernières ne soient supplantées par celles de la Convention de La Haye. En revanche, il a paru qu'il serait dangereux pour le demandeur contestant le trust, dans son existence ou dans son fonctionnement, de laisser à la seule discrétion du constituant le choix de la juridiction exclusivement compétente aux termes de l'article 10. Par exemple, le contentieux des rapports internes d'un trust qui développerait ses activités à partir

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> Selon M. Lupoi, *Trusts*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 257 et s., Anguilla, Antigua et Barbuda, Bahamas, Barbade, Belize, Bermudes, Îles Vierges britanniques, Îles Caïman, Nevis, Saint Vincent, Turks et Caïcos se sont ralliées à ce modèle ; v. aussi Code belge, art. 122 et Liv. 10 c. néerlandais, art. 142.

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup>Art. 2 : « Aux fins de la présente Convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes :

a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee :

b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;

c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Art. 3 : La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

des Îles Cook pourrait relever de la compétence exclusive des tribunaux de Nevis (ou de Saint Vincent ou de Porto Rico ou même de la République dominicaine) parce qu'ainsi le prévoirait une simple stipulation du constituant, dont l'objet manifeste serait d'éloigner de quelques milliers de kilomètres le demandeur du juge compétent<sup>231</sup>. Aussi bien l'article 5, §1 *litt* c) fait reposer le domicile sur deux éléments plus objectifs, qui condensent l'énumération, non limitative de l'article 7 de la Convention tout en restant perméables à l'influence de la volonté du constituant : le lieu de l'administration du trust, le centre de ses intérêts principaux. Le premier se fonde sur l'universalité que forment les biens constitués en trusts, réunis en une « massedistincte...du patrimoine du trustee » qui implique une administration autonome à laquelle est associée une responsabilité patrimoniale propre ; c'est au lieu où le trustee exerce ses pouvoirs et assume ses responsabilités que se situerait le domicile du trust – que la fixation de celui-ci procède de la volonté du settlor ou qu'elle soit laissée à l'initiative du seul trustee. Le second élément se fonde sur les finalités répondant à la volonté qui a déterminé le constituant à créer le trust ; il dirige vers le lieu où principalement celles-ci sont poursuivies - qu'il s'agisse de celui de la situation des avoirs dont le rendement est affecté au bénéficiaire ou qu'il s'agisse de celui où les charges s'exécutent.

Chacun assurant l'insertion du trust dans un milieu socio-économique, ces deux éléments ne convergeront pourtant pas nécessairement. Comme dans le cas du domicile des personnes morales (vid. supra), il appartiendra au juge dont la compétence serait l'objet d'une contestation d'exiger du demandeur qui a choisi de le saisir de justifier que pareil choix correspond à l'un ou à l'autre élément.

115. S'agissant enfin du domicile des *personnes physiques*, l'article 5, ii, a) choisit de le réduire à la résidence habituelle, laquelle offre un rattachement qui connaît un certain succès ou, du moins, une certaine diffusion dans les législations et dans les instruments internationaux contemporains.

Il est vrai que, de son côté, le domicile est dans la tradition romano—germanique une notion un peu déroutante<sup>232</sup>; elle fait l'objet d'une définition dogmatique joignant principal établissement et *animus manendi* alors qu'elle est l'exemple même de la notion fonctionnelle. Ne serait—ce que par les facilités d'interprétation qu'ouvre la composante subjective, la relation au territoire a une signification fluctuant selon les domaines où elle est sollicitée. Levasseur avait montré que le domicile dépendait de la loi applicable à l'institution au fonctionnement de laquelle il

<sup>&</sup>lt;sup>231</sup> La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, telle qu'amendée par la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978, avait fait un choix différent, entériné par les Règlements Bruxelles I et Bruxelles Ibis : licéité de la prorogation volontaire de compétence (art. 23, §§4 et 5 de Bruxelles I) en l'absence de compétence exclusive (art. 22) des tribunaux du domicile du trust lequel est déterminé (art. 60, §3) par les règles de droit international privé de l'Etat membre dont le juge est saisi. Ces solutions n'intéressent évidemment que le conflit de juridictions et leur libéralisme peut se justifier par le fait qu'elles interviennent dans le cadre du club de l'Union européenne et non pas à l'échelle internationale.

<sup>&</sup>lt;sup>232</sup> Plus déroutante peut-elle sembler encore dans l'acception du *Common Law* où elle recouvre une *origo* exposée à être éclipsée par un *domicilium* ou même plusieurs *domicilia* successifs et à réapparaître lorsque ceux-ci sont abandonnés.

contribuait<sup>233</sup>, ce qui soulignait le caractère protéiforme de la notion, fréquemment opposé à la certitude et la stabilité de la nationalité.

Précisément pour combattre l'instabilité, le code belge de 2004 fixe, pour les besoins du droit international privé, le domicile de la personne physique au lieu de son inscription sur le registre de la population. Mais évidemment il n'envisage alors que le domicile en Belgique où il existe un tel registre et il ne prétend pas universaliser ce domicile sur le plan international, ni totalement assurer la sincérité des déclarations ; au surplus, dans bon nombre de ses dispositions et pas seulement dans le domaine du droit des personnes et de la famille, il préfère le rattachement par la résidence habituelle.

La loi modèle opte pour une autre solution et, franchissant le pas, elle se concentre sur l'élément objectif en assimilant ainsi domicile et résidence habituelle (vid. Convention interaméricaine de 1979, art. 2. 1, Loi vénézuélienne, art. 11). C'est, en rejoignant un courant dominant dans le droit international privé comparé, renforcer la position du domicile dans son affrontement avec la nationalité. Mais ce coup de pouce, parfaitement opportun, au regard de la situation démographique de la zone OHADAC, ne s'accompagne que d'une demi-définition de la résidence habituelle. Du moins la *litt a*) balise-t-elle la démarche qui devrait permettre d'identifier le lieu de la résidence habituelle de la personne physique. Elle commence par dénier toute portée à cet égard au formalisme de l'inscription sur un registre de population (vid. code civil roumain, art. 2570,§1) et même à la détention ou non d'un titre de séjour, pour ne retenir qu'une conception factuelle : le lieu où la personne physique est établie à titre principal ; c'est modaliser l'étymologie (visant le lieu où, de façon itérative [: re], l'individu siège ou se repose [: sedere]) en insistant sur le caractère usuel et réglé du comportement et en évitant toute référence à l'élément intentionnel. Le texte poursuit en fournissant un certain nombre d'indices propres à démontrer une insertion ou un établissement de l'individu dans le milieu social local, résultant de la participation à un réseau de rapports personnels, familiaux et professionnels (v. code civil roumain, art. 2570, §2), ce qui suppose une présence durable, une sédentarisation. Imposant la marche à suivre, la litt a) permet d'aboutir à un rattachement relativement stable et naturellement flexible dans la mesure où l'interprète est conduit à une appréciation cas par cas de divers facteurs dont les poids respectifs ne sont pas prédéterminés ; il est clair que les liens personnels et familiaux auront une valeur plus forte que le facteur professionnel lorsqu'il s'agira de définir le domicile d'un enfant mineur ou d'une épouse « au foyer », tandis qu'au contraire l'exercice par un médecin célibataire de son art de l'autre côté de la frontière où il a son cabinet, pourrait avoir un poids déterminant...

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, Paris, Rousseau & cie, éditeurs, 1931.

# TÍTULO II EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CARIBEÑA EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

### Capítulo I

## Ámbito de la jurisdicción caribeña

- Art. 6. Alcance general de la jurisdicción. Los tribunales caribeños conocerán de los juicios que se susciten en territorio caribeño entre caribeños, entre extranjeros y entre caribeños y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.
- 2. Los extranjeros tendrán acceso a los tribunales caribeños en condiciones de igualdad con los nacionales y gozarán del derecho a una tutela judicial efectiva. Ninguna caución ni depósito, sea cual fuere su denominación, podrá imponerse ya sea por razón de su condición de extranjeros, ya por falta de domicilio o residencia en el país en caso de ser demandantes o intervinientes ante los tribunales caribeños.
- 3. Son válidos los acuerdos de elección de foro jurisdiccional cuando el litigio tenga carácter internacional. Se entenderá por litigio internacional aquelque tenga un elemento de extranjería jurídicamente relevante conforme se define en el párrafo segundo del art. 1 de la presente ley.
- 116. L'article 6 inaugure le titre II de la loi modèle en ouvrant un chapitre premier consacré à l'étendue de la juridiction de l'Etat de Caraïbe<sup>234</sup>. Le terme *juridiction* désigne cette prérogative régalienne qui habilite l'Etat ou ses organes à trancher les litiges et, en l'occurrence, à trancher les litiges en matière civile et commerciale comme le titre l'indique. Il s'agit du pouvoir de juger. C'est ce que confirme le §3 lorsqu'il admet la licéité des clauses d'élection de for pour les litiges présentant un caractère international ; cette licéité, selon le cas, soit rapproche la frontière que ne peut pas franchir le pouvoir de juger des tribunaux caribéens et efface ainsi la compétence de ceux—ci, soit au contraire éloigne cette frontière et augmente la compétence de ceux—ci.

Ainsi susceptible d'être déplacée par les clauses attributives de juridiction, cette frontière est en principe tracée par le §1 qui procède à une double détermination, *ratione personae* et *ratione loci*, du pouvoir de juger.

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> CONC.: Arts 4 y 21 LOPJ (España); arts. 3 y 4 Ley DIPr italiana; art. 39 Ley DIPr venezolana; art. 15 Ley DIPr panameña art. 251 Código de Procedimiento Civil de Nicaragua; art. 6 Proyecto dominicano; arts. 145 *et seq* Proyecto mexicano;; art. 7 Proyecto colombiano.

- 117. Les juges caribéens sont habilités à exercer le pouvoir de juger à l'égard de toute personne, de nationalité caribéenne ou non. Est ainsi réglée une question de condition des étrangers, à la solution de laquelle le §2 apportera ensuite quelques précisions complémentaires. En neutralisant l'opposition du citoyen et de l'étranger, le texte fonde d'abord une juridiction universelle quant aux personnes.
- 118. Mais cette juridiction est resserrée dans l'espace : le litige à trancher doit « survenir en territoire caribéen ». La solution est réaliste. Le territoire est précisément l'espace dans lequel l'autorité étatique dispose du monopole de l'exécution forcée. Contre la renonciation à la justice privée et à l'usage individuel de la force brute, l'Etat moderne s'est engagé à assurer une justice publique et à en garantir la réalisation, au besoin, par la contrainte organisée ; ainsi, parmi les prérogatives régaliennes, pouvoir de juger et pouvoir de contraindre sont associés l'un à l'autre. En somme, en exigeant un rattachement territorial, l'article 6 indique que, sauf élection de for, un procès échappe à la juridiction caribéenne lorsque, par aucun de ses éléments, le rapport litigieux ne se localise sur le territoire caribéen, parce qu'alors non seulement la querelle ne trouble pas le cours de la vie sociale caribéenne, mais encore la décision qui serait prononcée ne pourrait bénéficier de l'action des organes d'exécution caribéens.
- 119. Cependant ce n'est pas parce qu'un litige survient sur le territoire qu'il sera nécessairement tranché par les tribunaux caribéens. En définissant le champ de la juridiction, le rattachementterritorial permet de porter devant les juges caribéens tout autant les litiges internes que les litiges internationaux. Les premiers ne sont exposés à aucune juridiction concurrente et doivent être tranchés par les tribunaux caribéens. En revanche, les seconds naissent de situations qui, par hypothèse, se développent au contact de plusieurs ordres juridiques, chacun doté d'un appareil judiciaro-coercitif susceptible de les résoudre ; par conséquent, ces litiges internationaux sont exposés à une concurrence des juridictions qui place la Caraïbe en position de déterminer la part du contentieux international qu'elle juge opportun de confier à ses propres tribunaux et la part qu'elle peut laisser aux juridictions étrangères sans compromettre les intérêts des plaideurs ni la paix civile dans la vie sociale qu'elle contrôle. Aussi bien, le §1er avertit que la juridiction dont l'exercice est dévolu aux tribunaux caribéens se déploiera selon le système de compétence internationale « établi par la présente loi et les traités et accords internationaux auxquels la Caraïbe est partie ». Il s'ensuit qu'en pratique un litige international présentant un lien territorial avec la Caraïbe ne sera (réserve faite de l'élection de for) pris en charge par la juridiction caribéenne que s'il vérifie un chef de compétence d'origine légale ou conventionnelle.
- 120. La juridiction universelle est ainsi réduite par le double emboîtement qu'opèrent le rattachement territorial et le système de compétence internationale. Le §2 garantit qu'aucune restriction ne sera opposable aux plaideurs en raison de leur qualité d'étrangers ; les plaideurs qui n'ont pas la nationalité caribéenne auront accès à la juridiction caribéenne dans les mêmes conditions que les citoyens caribéens et jouiront donc sur un pied d'égalité du droit à une protection juridiction-

nelle effective. L'égalité de traitement entre national et étranger condamne évidemment l'antique *cautio judicatum solvi* qui dans certains Etats a pu être, sous une forme ou sous une autre, exigée des seuls étrangers, soupçonnés en tant que tels d'être enclins à exercer des actions en justice téméraires et à se dérober ensuite à la charge de frais et dépens en se retirant dans leur pays<sup>235</sup>; à l'époque de la mondialisation cette représentation du plaideur étranger est pour le moins anachronique. Pour souligner la valeur attachée à cette égalité de traitement et placer celleci sous l'égide du principe de non discrimination, réaffirmé par les conventions relatives aux droits de l'homme, sont aussi mentionnées les personnes qui n'auraient pas de domicile ou de résidence en Caraïbe; pas plus que les étrangers, celles—ci ne doivent être entravées dans leur accès à la justice.

Le §2 ne précise pas si cette identité de condition implique que chaque plaideur, fût—il étranger, non domicilié, ni résident, a en cas d'impécuniosité vocation au secours d'une « aide juridictionnelle ». Il se concevrait que la solidarité nationale ne soutienne que les plaideurs résidents ou domiciliés sur le territoire dans la mesure où seuls ceux—ci contribuent à la prospérité nationale et au financement des services publics. Le silence du texte sur ce point particulier laisse au droit de chaque Etat adoptant la loi modèle le choix des conditions d'octroi de l'aide juridictionnelle dans les limites tracées par le principe de non discrimination et le droit à la protection juridictionnelle effective.

**121.** Le §3 impose à la juridiction universelle ainsi circonscrite, une limitation supplémentaire et occasionnelle, résultant de la volonté privée. Il admet en effet la licéité des clauses d'élection de for visant les litiges présentant un caractère international<sup>236</sup>. Ce faisant, il ne distingue pas selon que la clause, en désignant un tribunal étranger, réduit la juridiction caribéenne ou selon qu'en désignant un tribunal caribéen, elle étend cette juridiction. Néanmoins, il ne s'ensuit pas que la loi modèle élève les choix de volonté privée ou l'autonomie des particuliers au rang de principe et ramène les chefs de compétence énoncés par elle ou par le droit conventionnel à un rang subsidiaire. L'article 10 montrera, par exemple, que bien qu'issues de la loi, les compétences exclusives de l'article 9 ou les compétences en matière de droit des personnes et de la famille de l'article 13, tiennent en échec les clauses attributives de juridiction. En d'autres termes, l'autonomie des particuliers n'est consacrée que lorsque le litige porte sur un rapport relevant d'une matière où la composition des intérêts privés n'est pas placée sous le contrôle de la publica utilitas, sous le contrôle de l'intérêt public. A chacun son domaine. L'autonomie des parties ne s'impose que lorsqu'elle s'exprime dans les domaines où celles-ci ont la libre disposition de leurs intérêts.

122. Le §3 ne mentionne pas cette restriction ; il reste sur un plan général. Il n'indique pas davantage les conditions auxquelles est subordonnée la validité de

<sup>&</sup>lt;sup>235</sup>Vid. sur cette institution,M. Philonenko, "La caution 'judicatum solvi", *Journ. dr. int.*, 1929, pp. 609 et 896; sur son élimination en doit français, G. Droz, "La sentinelle perdue ou la disparition subreptice de la caution*judicatum solvi*", *Rec.gén.lois*, 1973,p. 281.

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup>Vid. C.A. Arrue Montenegro, L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions, Paris, LGDJ, 2011

l'accord d'élection de for ; celles qui sont propres aux clauses de juridiction figurent aux articles 10 et 12 alors que les autres relèvent du droit commun des conventions. En revanche le §3 marque clairement que la licéité qu'il proclame ne concerne que les stipulations visant un litige présentant un caractère international. Et l'importance de cette précision est soulignée avec un peu d'insistance par un renvoi à la définition de l'internationalité de article 1er, §2<sup>237</sup> à laquelle il convient donc de se reporter. La loi modèle se garde évidemment de prononcer sur la licéité ou l'illicéité, absolue ou relative, des prorogations volontaires de for en droit interne ; cette question relève du droit judiciaire privé de chaque Etat et elle se pose dans le cadre d'une organisation judiciaire homogène et non pas dans une hypothèse de pluralité d'ordres juridictionnels. La clause de juridiction visant des litiges à caractère international tend spécialement à prévenir les inconvénients de cette pluralité et de la diversité des offres de justice qui en résulte – au premier rang desquels se place le risque, dévastateur, de procurer à la partie la plus rapide le choix du juge qui lui est le plus commode sur le plan procédural et le plus favorable sur plan substantiel. Il s'agit bien là de dangers spécifiques aux relations privées internationales tells que définies à l'article 1er, §1.

123. Ainsi, l'article 6 met en place pour le traitement des litiges à caractère international un système reconnaissant à la Caraïbe une juridiction universelle et non discriminante quant aux personnes, que circonscrit l'exigence d'un lien territorial et qui s'exerce selon les règles légales et conventionnelles de compétence internationale, sous réserve d'accords d'élection de for dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs intérêts. Les deux dispositions suivantes apportent à la juridiction caribéenne d'autres limitations qui sont d'origine différente.

- Art. 7. Inmunidad de jurisdicción y de ejecución. 1. El alcance del artículo anterior se determinará sin perjuicio de los supuestos de inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus órganos establecidos por las normas del Derecho internacional público. En materia civil y comercial los tribunales caribeños aplicarán con carácter restrictivo el ámbito de esta inmunidad limitándola exclusivamente a los actos que impliquen el ejercicio del poder público (actos iure imperii).
- 2. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de los agentes diplomáticos acreditados en Caribe se regulará por los en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.
- 3. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de las Organizaciones internacionales de las que sea miembro Caribe se determinan por sus tratados constitutivos. Los agentes de dichas Organizaciones internacionales se benefician de dichas inmunidades en los términos previstos por estos tratados.

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> "Son internacionales las relaciones privadas que presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico a través de sus elementos constitutivos, correspondientes a la persona de sus sujetos, a su objet o a su creación".

124. La juridiction caribéenne peut être neutralisée par la mise en jeu de l'immunité de juridiction<sup>238</sup>. A la différence des limitations prévues par les dispositions de l'**article 6** qui pourraient être qualifiées d'intrinsèques parce qu'elles procèdent de la structuration même de la juridiction caribéenne, le retranchement opéré par l'immunité agit de l'extérieur et élève ainsi un obstacle extrinsèque et c'est ce caractère qui explique sans doute que celui—ci est rarement mentionné dans les lois dédiées au droit international privé ou au droit judiciaire international. Cet obstacle est dû au droit des relations entre Etats, au droit international public, sans lien particulier avec les exigences de la justice procédurale qui configurent le pouvoir de juger<sup>239</sup>.

125. C'est en effet fondamentalement la notion de *souveraineté* étatique qui justifie l'immunité juridiction<sup>240</sup>. Dans la mesure où il reconnaît la souveraineté des autres Etats, un Etat souverain choisit de les tenir pour ses pairs : la dispersion de la souveraineté débouche sur l'égalité et celle—ci s'oppose à ce qu'un Etat souverain soit assujetti au pouvoir d'un autre, quand bien même celui—là serait entré dans une situation dont celui—ci admet ou prescrit, lorsque considérée objectivement, qu'elle soit soumise à ses tribunaux — par exemple, dans la situation du locataire d'un appartement situé sur le territoire et dont le loyer n'aurait pas été versé au propriétaire. L'égalité incite aussi à la courtoisie, à la *comitas* ou *comity of nations*, qui serait méconnue si un Etat laissait se développer devant ses tribunaux des procédures dirigées contre un autre Etat et susceptibles de restreindre d'une manière ou de l'autre la liberté et l'indépendance de ce dernier dans la poursuite de ses missions de puissance publique.

L'immunité est ainsi d'abord accordée aux Etats et aux entités publiques par l'intermédiaire desquelles ils agissent ; elle est aussi accordée aux personnes physiques qui sont chargées de les représenter auprès de leurs pairs. Enfin, pour des raisons d'efficacité et d'indépendance dans la poursuite de leurs missions dans le pays hôte, elle est concédée aux organisations internationales.

126. Le premier soin du §1<sup>er</sup> de l'article 7 est de rappeler à la juridiction caribéenne cette limitation imposée en faveur des Etats étrangers. Mais cette disposition s'est trouvée ensuite dans la nécessité d'énoncer une directive d'interprétation en raison de ce que nombre d'Etats contemporains s'adonnent à des activités qui ne ressortissent pas à l'exercice des prérogatives de souveraineté, tandis que d'autres

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> CONC.: Convención de Viena de 18 abril 1961 sobre relaciones diplomáticas; Convenición de Viena de 24 abril 1963 sobre relaciones diplomáticas; Convenión de las Naciones Unidas de 2 diciembre 2004 sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes; *Foreign Sovereign Immunities Act*, 21 octobre 1976 (EE UU); *State Immunity Act*, 20 juillet 1978 (Reino Unido); *Foreign Sovereign Immunities Act*, 6 octobre 1981 (República Sudafricana); *Foreign Sovereign Immunities Act*, 16 décembre 1985 (Austria); art. 7 Proyecto Ley DIPr dominicano; art. 15 Proyecto Ley DIPr panameño.

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup>Vid. infra, commentaire à l'article 77.

<sup>&</sup>lt;sup>240</sup>Vid. P. Andrés Sáenz de Santa María, "El estatuto internacional del Estado: La inmunidad soberana del Estado extranjero (Jurisdicción y ejecución)", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, vol. XI, pp. 91-223; H. Fox, *The Law of State Inmunity*, Oxford, Oxford UP, 2002.

utilisent les voies du droit civil ou du droit commercial pour accomplir leurs missions de puissance publique.

127. D'entrée de jeu, le principe de l'immunité de juridiction est rattaché aux règles du droit international public ; la contrepartie de ce rattachement est que l'action du principe sur le fonctionnement des tribunaux est purement incidente et constitue dès lors, au regard du droit judiciaire privé dont ce fonctionnement relève, une exception. Comme telle, cette exception doit être interprétée strictement. La mention, à côté des Etats, de leurs organes ne contredit pas cette règle, puisqu'en réalité elle se borne à donner au principe son développement naturel : l'Etat ne peut agir que par le relais de ses organes (départements ministériels, agences) et c'est l'action de ceux—ci qui pourrait être perturbée par des procédures les éloignant du souci des intérêts de souveraineté dont ils ont la charge. Au demeurant, traditionnellement ces organes ne jouissent pas d'une réelle autonomie de gestion et n'ont pas d'autre personnalité juridique que celle de l'Etat dont ils sont les instruments ; ils sont donc indissociables de l'Etat qui les manœuvre, ce dont prend acte la formule de l'article 7.

128. Le caractère d'exception (qui sur le plan technique ne prend pas la forme d'une simple exception de procédure, mais celle plus radicale d'une fin de non recevoir) est souligné par la seconde phrase du même paragraphe ; celle-ci s'adresse littéralement aux tribunaux caribéens, mais doit être entendue de tout interprète comme des Etats eux-mêmes<sup>241</sup> et de leurs partenaires privés, pour exclure toute possibilité d'extension du domaine de la protection assurée par l'immunité au delà des différends nés des actes impliquant l'exercice de la puissance publique ou accomplis dans l'intérêt d'un service public. Par ces termes la loi modèle ajuste le champ de l'immunité au fondement qui lui est reconnu, en un temps où les Etats ont considérablement développé et varié leurs activités, débordant fréquemment le simple exercice des prérogatives de souveraineté, et diversifié leurs modes d'action, puisant largement dans l'arsenal des moyens du droit privé ou plus généralement du droit commun. L'orientation dominante actuelle du droit international public, telle qu'elle ressort par exemple de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004, consiste à rechercher les critères de délimitation dans la nature de l'acte à l'origine du litige, spécialement dans la nature de « transaction commerciale<sup>242</sup> » et, devant la résistance que ce concept oppose à la qualification des situations pratiques, à décliner une série de schémas d'opérations typiques de la figure (article 2, 1, c de ladite convention) ainsi réputés ne pas mettre en cause la souveraineté de l'Etat partie<sup>243</sup>. Cette approche objective n'est cependant pas universellement acceptée et divers Etats (Chine, France, Japon, etc) n'hésitent pas à interroger, au delà de la nature de l'acte, le but dans lequel celui-ci est accompli - ce que

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> Le §1<sup>er</sup> n'a pas jugé utile de mentionner les démembrements ou composantes de l'Etat souverain, sujet du droit international ; c'est que ceux-ci ne peuvent revendiquer le bénéfice du privilège dénégatoire de juridiction que dans la mesure où ils sont habilités à exercer sur le plan international les prérogatives appartenant à l'Etat souverain lui-même ; l'immunité opposée est alors celle de l'Etat souverain.

<sup>&</sup>lt;sup>242</sup> Comp. Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (EE UU)

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> Comp. State Immunity Act 1978 (s.3, ss.3)

n'exclut d'ailleurs pas radicalement la convention de 2004 (art. 2, 2). La loi modèle incline vers cette seconde conception. Elle se réfère d'abord à la non-implication de la puissance publique, c'est-à-dire au non-exercice de ces prérogatives de souveraineté que signalent en général des clauses exorbitantes du droit commun que seule l'autorité publique peut imposer à un cocontractant ; c'est dire qu'en règle générale l'immunité sera refusée si l'Etat a agi dans les formes du droit privé. Toutefois, la loi modèle prévoit une réserve en introduisant ensuite, sur le mode alternatif et complémentaire, un second critère qui permet de rattraper les actes accomplis par l'Etat ou ses organes dans l'intérêt du service public, seraient-ils dépourvus de clauses exorbitantes<sup>244</sup>. Corrélativement, face à la tendance des Etats à recourir à des entités (entreprises publiques) ou à des émanations dont les structures relèvent parfois du droit privé (sociétés anonymes ou autres), ce critère alternatif et finaliste couvrira les litiges issus d'opérations qui sont passées dans les formes du droit privé mais qui sont destinées à s'intégrer dans les missions incombant à la puissance publique et qui, par conséquent s'inscrivent, par personne interposée, dans le champ d'exercice de la souveraineté étatique.

129. La combinaison de ces deux critères trace le périmètre de l'immunité, mais la relative souplesse de ceux—ci appelle la directive d'interprétation stricte, voire restrictive, qu'énonce la deuxième phrase de l'article 7, §1, car une pratique relâchée de la fin de non recevoir risque de préjudicier gravement au droit à la protection juridictionnelle effective de la personne privée à qui l'immunité est opposée. Plus encore que le caractère exceptionnel du privilège de souveraineté, c'est son éventuel conflit avec ce principe fondamental consacré à l'article 6 qui conduit la loi modèle à prescrire aux juges caribéens de s'interdire, en dépit de toute appréciation d'ordre politique, une quelconque complaisance ou déférence excessive envers la souveraineté étrangère ou envers ceux qui agissent pour son compte.

130. L'immunité des personnels diplomatiques fait l'objet d'un paragraphe spécifique de l'article 7. La loi modèle sur ce point ne prétend nullement innover, ni même infléchir les positions prises par chaque Etat qui l'adopterait ; elle se borne à rappeler sur ce point particulier la primauté des traités et accords internationaux. La Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques qui vient ici immédiatement à l'esprit, d'autant plus que ce traité qui codifie la pratique usuelle des Etats doit lier à peu près tous les territoires OHADAC, soit par le jeu des adhésions soit par celui de la succession d'Etat. Néanmoins s'il se trouvait qu'un Etat de la zone caraïbe non lié par ce traité adopte la loi modèle, celle—ci ne porte pas atteinte aux accords bilatéraux qu'il aurait pu conclure et, par ailleurs, il va de soi qu'étant muette sur le cas où cet Etat ne serait lié par aucun traité en matière d'immunité de juridiction, elle n'aurait aucune incidence sur sa pratique unilatérale.

131. L'immunité de juridiction des organisations internationales est l'objet d'un traitement analogue par le §3 ; la primauté des traités internationaux, et ici, spécia-

<sup>&</sup>lt;sup>244</sup>Vid. la position analogue du droit français, Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ., 22 juin 1969, Société Levant Express, Rev. crit. dr. int. pr., 1970, p. 102, note P. Bourel, Grands arrêts, n°47.

lement des traités constitutifs de l'organisation auxquels la Caraïbe a souscrit, déterminera le principe de l'immunité et son étendue de même que l'identité des bénéficiaires.

- 132. La loi modèle reconnaît naturellement à chaque Etat la latitude que lui laissent le droit international public et le droit de toute personne à une protection juridictionnelle effective, d'organiser selon ses propres vues le régime procédural de l'immunité.
- Art. 8. Excepción de arbitraje 1. En caso de que un litigio cubierto por un convenio de arbitraje se lleve ante un tribunal caribeño cuando se ha llevado ya ante un tribunal arbitral, el tribunal caribeño declara la demanda inadmisible.
- 2. En caso de que un litigio cubierto por un convenio de arbitraje se somete a un tribunal caribeño cuando no se ha sometido todavía ante un tribunal arbitral, el tribunal caribeño declara la demanda inadmisible salvo que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o inaplicable.
- 133. La Loi modèle, par son article 2, iii), écarte de son domaine l'arbitrage. Mais en pratique celui—ci entre en concurrence avec la juridiction étatique lorsque les règles de compétence de la loi modèle appréhendent pour le compte des tribunaux étatiques le litige que vise un accord compromissoire. Cette éventualité rend nécessaire l'article 8 dont l'objet est de délimiter les champs respectifs de la juridiction étatique et de la juridiction arbitrale. Il s'agit simplement de marquer la limite du pouvoir de juger des tribunaux étatiques face au pouvoir de juger des arbitres et non pas d'interférer dans la réglementation de l'arbitrage<sup>245</sup>.
- 134. L'instance arbitrale n'est utile que si l'arbitre (ou le tribunal arbitral) est investi de la juridiction sur le litige à trancher. La contestation de ce pouvoir de juger relève de la règle dite de *compétence–compétence*<sup>246</sup>. Cette règle est largement répandue dans le droit comparé de l'arbitrage international comme dans le droit conventionnel ou dans les règlements des institutions arbitrales. Elle y prospère sous la forme banale de l'*effet positif* qui consiste à reconnaître à l'arbitre le pouvoir de

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> CONC: Arts. V y VI Convention de Genève de 1961 sobre arbitraje comercial internacional; art. II.3ª Convention de New York de 1958; arts. 8 y 16 Ley Modelo CNUDCI; art. 41.1º Convención de Washington de 1955; art. 7 Ley DIPr suiza; arts. 9 30 y 32 Arbitration Act 1996; arts. 1679 y 1697 Code judiciaire belge, arts. 1448, 1465 y 1506 Code de procédure civil (France); art. 202 Constitución de la República de Panamá; arts. 1022 y 1052 Code de procédure civile (Pays Bas), arts. 1032 y 1040 ZPO; art. 6.2ºRèglement CCI 1998, art. 23 Règlement CNUDMI; art. 23.1º Règlement LCIA; art. 15 Règlement AAA.

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> Cette dénomination est empruntée à la langue juridique allemande, elle traditionnellement utilisée en matière d'arbitrage bien qu'en l'espèce ce soit la juridiction plutôt que la compétence qui est concernée

statuer sur sa propre juridiction, c'est-à-dire sur la validité ou l'efficacité de son investiture à l'égard du litige qui lui est soumis<sup>247</sup>.

Cette règle de compétence-compétence a vainement encouru le grief de reposer sur une pétition de principe, une espèce d'auto-légitimation ou d'auto-lévitation (bootstrapping) de l'arbitre. Il suffit de répondre que le pouvoir qu'il détient de statuer sur la validité de l'accord compromissoire ne procède pas de l'arbitre luimême, mais de l'apparence d'accord compromissoire et que cette apparence a été jugée suffisante par le législateur (qui adopte la loi modèle) pour fonder le pouvoir contesté<sup>248</sup>. De plus, la justice procédurale exige cette aptitude à prononcer sur sa propre investiture lorsque cette dernière est contestée par le défendeur. En effet, dénier à l'arbitre la possibilité de statuer lui-même sur la question de sa juridiction, c'est contraindre le demandeur, qui croit en cette juridiction au point de s'y être rapporté, d'en rechercher la confirmation auprès d'un tribunal étatique, tandis que le défendeur n'aurait qu'à attendre l'issue de ce recours, alors que c'est lui qui, en critiquant la convention d'arbitrage, a pris l'initiative du contentieux sur le pouvoir de juger de l'arbitre : en principe, c'est à celui qui invoque la nullité d'un acte qu'il incombe d'en établir les vices ; ici, le caractère préjudiciel de la question aboutirait à une inversion des positions procédurales des parties et les charges de l'allégation et de la preuve seraient transférées à l'autre partie et, de plus, le règlement du litige au fond serait sensiblement ralenti. Ce ne serait pas équitable et ce ne serait pas opportun de récompenser ainsi les manœuvres dilatoires du défendeur. Aussi bien, cet effet positif de la règle de compétence-compétence est vigoureux au point que, en général et au risque, il est vrai, du développement de procédures parallèles, le pouvoir de l'arbitre de juger de sa propre juridiction n'est pas affecté par la contestation que l'une des parties porterait devant un tribunal étatique.

135. A l'instar de certains droits nationaux de l'arbitrage international<sup>249</sup>, la loi modèle double et renforce cet effet positif d'un *effet négatif* qui n'offre à l'arbitre aucune prérogative supplémentaire et qui ne s'adresse pas directement à lui, mais au juge étatique saisi d'un litige devant lequel la juridiction arbitrale est revendiquée par le défendeur. Le cas ordinaire est celui de l'exception d'arbitrage<sup>250</sup>.

Lorsque celle-ci est soulevée, la loi modèle reprend dans les deux alinéas de son article 8 la solution de l'article 1448 du code de procédure civile français et distingue ainsi deux hypothèses :

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> L'accord compromissoire peut être affecté d'un vice qui en emporte la nullité, il peut aussi être inapplicable au litige parce qu'il n'engage pas l'une des parties ou parce que les intérêts en cause ne sont pas arbitrables ; ces cas d'inefficacité relèvent du droit de l'arbitrage, exclu de loi modèle (art. 2, iii).

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> Cette apparence est aussi jugée suffisante par nombre de droits nationaux et par le droit conventionnel.

<sup>&</sup>lt;sup>249</sup> Il s'agit du droit panaméen et du droit français ; *vid*. C.-A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté*, *op. cit.*, n° 139 et s., p. 82 et s.

<sup>&</sup>lt;sup>250</sup> Il se peut également que la question de la validité ou de l'étendue de l'investiture de l'arbitre soit soulevée à titre incident devant le juge d'appui en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral.

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention est manifestement nulle ou manifestement inapplicable »

Soit l'instance arbitrale est déjà engagée et alors le tribunal étatique, saisi en second, doit se dessaisir aussitôt sans connaissance au fond, sur la seule invocation de la convention d'arbitrage<sup>251</sup> et il n'y aura d'autre contrôle effectué par les tribunaux étatiques sur l'existence ou l'étendue de l'accord compromissoire que celui qu'ils seront éventuellement appelés à exercer plus tard sur un recours en annulation ou lors de la procédure d'exequatur.

Soit l'instance arbitrale n'est pas engagée et le tribunal étatique se déclare incompétent après avoir procédé à un examen *prima facie* de l'accord compromissoire afin de vérifier qu'aucun vice n'entache celui—ci d'une manière flagrante, évidente, manifeste au point d'avoir pu dissuader les parties d'user des possibilités qu'il était censé leur offrir. L'obligation de dessaisissement vise bien sûr à protéger le pouvoir de l'arbitre ; la réserve de la nullité manifeste ou de l'inapplicabilité manifeste vise à protéger les parties du risque de déni de justice, à leur garantir un accès non différé à la protection juridictionnelle effective de leurs droits lorsque l'irrégularité ou l'inefficacité de l'accord crève les yeux et qu'il est évident qu'elle ne pourrait pas à l'arbitre auquel la question serait renvoyée.

136. Il est vrai qu'ainsi entendu, l'effet négatif expose à quelque inconvénient, notamment celui d'imposer à la partie qui conteste l'investiture de l'arbitre la poursuite de la procédure arbitrale jusqu'au prononcé d'une sentence qui peut—être succombera de ce chef devant le juge de l'annulation ou celui de l'exequatur et se révèlera inutile – en dépit des coûts et du temps engloutis dans la procédure. Il y a là un risque indéniable, qui est la contrepartie du risque de procédures parallèles et par conséquent de décisions inconciliables qu'encourage de son côté, sans s'émouvoir des frais et délais, la conception selon laquelle le tribunal étatique ne doit se dessaisir qu'après avoir constaté, sur examen au fond de la clause compromissoire, sa validité ou son applicabilité.

Il est certain que la solution de l'effet négatif que partagent le droit français et le droit panaméen<sup>252</sup> est isolée en droit comparé. La priorité qu'elle accorde à l'arbitre sur le juge heurte les systèmes qui sont circonspects à l'égard de l'autonomie de la juridiction arbitrale et préfèrent maintenir celle—ci sous la férule de la juridiction étatique. Si la loi modèle choisit néanmoins à l'encontre de la majorité le dessaisissement du juge sans examen au fond de l'accord compromissoire et opte de la sorte pour le libéralisme et l'émancipation de l'arbitrage international, ce choix n'a pas d'autre but que d'offrir aux Etats de l'espace OHADAC qui y seraient prêts la possibilité de s'éloigner de la conception traditionnelle statocentrique ou westphalienne de la juridiction...

 $<sup>^{251}</sup>$  Art. 1465 c. pr. civ. fr. : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel »

<sup>&</sup>lt;sup>252</sup> Une interprétation favorable à l'effet parvient à associer à ces droits la Convention de Genève du 21 juin 1961, art. VI

### Capítulo II

### Foros de competencia

- Art. 9. Competencias exclusivas. Los tribunales caribeños serán competentes con carácter exclusivo en las siguientes cuestiones:
- i) derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se encuentren en territorio caribeño;
- ii) constitución, validez, nulidad o disolución de una sociedad o de una persona jurídicaque tenga su domicilio en territorio caribeño, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos cuando éstos afecten a su existencia *erga omnes* y a sus normas de funcionamiento.

constitución, validez, nulidad, extinción así como la existencia hacia terceros de un trust domiciliado en territorio caribeño.iv) validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro caribeño;

- v) inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a deposito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en el Caribe el depósito o registro;
- vi) reconocimiento y ejecución en territorio caribeño de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero;
  - vii) medidas conservatorias que sean ejecutable en el Caribe;
  - viii) los procesos relativos a la determinación de la nacionalidad caribeña.
- 137. Quoique les cas de compétence exclusive des tribunaux caribéens soient les premiers auxquels se consacre le chapitre 2 du titre second, ils ne doivent pas être considérés comme établissant une compétence de principe à laquelle les dispositions suivantes apporteraient quelques exceptions<sup>253</sup>. La loi modèle ne suit pas le plan de la Convention de Bruxelles de 1968 ou du Règlement Bruxelles I qui donne la préférence au mécanisme de compétence générale fondé sur le domicile du défendeur et suggère ainsi que les autres chefs de compétence sont dérogatoires et d'interprétation stricte. Elle se rallie à l'ordre d'exposition retenu par d'éminents commentateurs de ces instruments européens<sup>254</sup>, lequel, sans doute mieux qu'une espèce de hiérarchie des chefs de compétence, exprime une priorité opératoire des compétences exclusives par rapport aux prorogations volontaires de for et au dispositif domiciliaire : qui souhaite porter un litige devant les tribunaux caribéens doit

<sup>&</sup>lt;sup>253</sup> CONC : Art. 22 Reglmento (CE) CE n°44/2001; art. 24 Reglamento (UE) n°1215/2012; art. 22 Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (España); arts. 1078, 1079 y 1081 Cod. Proc. Civ rumano; art. 8 Proyesto dominicano; art. 8 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>254</sup> H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4e éd., 2010; J.C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional Privado*, n. 43 et s. *Vid.* aussi le Projet dominicain, art. 8 et s.

rechercher si ceux—ci sont désignés par un chef de compétence exclusive ; à défaut, il recherchera ensuite s'ils sont désignés par une clause attributive de juridiction ; à défaut, sauf à s'assurer qu'aucune clause dérogatoire ne déporte l'affaire vers l'étranger, il vérifiera que le défendeur est domicilié en Caraïbe ou bien qu'en raison de la nature des intérêts litigieux, le procès peut être utilement déféré aux tribunaux caribéens. Cette chronologie opératoire qui descend l'échelle de la force éliminatoire ne préjuge pas du statut des diverses compétences exclusive, volontaire, générale ou spéciale.

138. Énumérées de manière limitative à l'article 9, les compétences exclusives conduisent immédiatement aux juges caribéens lorsque l'élément de rattachement qu'elles comportent se réalise au sein de l'ordre juridique caribéen. Cinq de ces compétences figurent dans les catalogues de l'article 22. 1° de la LOPJ (Espagne) et de l'article 22 du Règlement Bruxelles I; elles sont prévues en matière d'immeubles, de sociétés et personnes morales, d'inscriptions sur les registres publics, de droits intellectuels et d'exécution des décisions. La loi modèle complète cette liste en y ajoutant des compétences en matière de trust, de mesures provisoires et de nationalité caribéenne. Ces compétences sont exclusives en ce sens que, du point de vue caribéen, il n'est pas permis aux plaideurs de porter le litige devant d'autres tribunaux que les tribunaux caribéens. Aucune concurrence avec les juges étrangers n'est admise; le demandeur n'a aucun choix, il doit adresser sa demande aux juges caribéens. Cette dévolution nécessaire présente plusieurs caractères.

139.En premier lieu, une compétence exclusive est une compétence globale (ouinternationale, ou encore générale, selon la terminologie de Bartin) en ce sens que la désignation qui résulte de la localisation du litige au sein de l'ordre juridique caribéen porte sur l'ensemble des organes judiciaires; c'est la solution du droit de l'Union européenne (Règlement Bruxelles I, art. 22) comme du droit espagnol (LOPJ, art. 22, 1°) et sans doute est—elle justifiée par l'idée d'une implication significative dans les contentieux ainsi réservés d'un intérêt propre de l'Etat sur le plan international, beaucoup plus que par un rapport particulier qui unirait la cause à un tribunal déterminé. En conséquence, il revient à l'Etat et à l'ordre juridique caribéens, une fois établie leur compétence générale, d'identifier dans l'appareil judiciaire national le tribunal à saisir au moyen de leurs règles de compétence interne<sup>255</sup>.

En second lieu, la compétence exclusive est une compétence impérative. Il s'ensuit que les clauses aux termes desquelles les parties seraient convenues de confier le litige à un ou à des tribunaux d'un Etat étranger sont inopérantes et ne peuvent entamer la compétence caribéenne. Cette indisponibilité de la compétence caribéenne est le corollaire naturel de l'exclusivité : en n'autorisant que la saisine des tribunaux caribéens, celle—ci supprime la concurrence des juridictions et ne laisse aucun choix aux plaideurs.

<sup>&</sup>lt;sup>255</sup>Contra, Proyecto mexicano, art. 148, *litt.* g), h) et j), où les règles de compétence internationale (non exclusive, semble-t-il) désignent le tribunal mexicain spécialement compétent.

En troisième lieu, la compétence exclusive développe deux effets : une obligation de saisir les tribunaux caribéens et une interdiction de s'adresser aux tribunaux étrangers. L'effet positif d'obligation pèse sur la compétence directe et fonde la régularité de la procédure engagée devant les tribunaux caribéens ; l'effet négatif pèse sur la compétence indirecte et frappe d'irrégularité la procédure qui a été poursuivie devant le juge étranger, de telle sorte que la décision qui en est issue est insusceptible de reconnaissance et d'exécution en Caraïbe (vid.art. 74, iii).

140.En quatrième lieu, la compétence exclusive produit un effet particulier dans les rapports entre Etats ayant adopté la loi modèle. Il s'agit de ce que certains auteurs ont dénommé effet réflexe<sup>256</sup> ou effet-miroir. Celui-ci conduira le juge caribéen qui a été saisi, alors que le chef de compétence retenu par l'article 9 se concrétise au sein de l'ordre juridique de l'Etat étranger, à se dessaisir. Par le jeu de l'article 9, cet Etat étranger revendique le monopole sur le litige comme l'aurait fait sur la même base la Caraïbe si le chef de compétence exclusive s'était réalisé sur son territoire. L'intérêt particulier de cet effet réflexe se manifeste dans le cas où les circonstances de la cause ne permettant pas au juge caribéen de s'appuyer sur l'article 9, lui offriraient cependant la possibilité de fonder sa compétence sur une autre règle, par exemple lorsque le défendeur a son domicile en Caraïbe (art. 11); dans cette hypothèse, si le procès s'engage et se poursuit en Caraïbe, rien ne garantit qu'il ne sera pas également porté devant les juges de l'Etat étranger et donc rien ne prévient le risque de conflit de procédures ni, par conséquent, le risque de conflit de décisions. Or, si ces risques de conflit trouvent une issue au regard du droit de Caraïbe dans l'article 74 qui, au plan de la reconnaissance et exécution, conduit à préférer le procès ou le jugement caribéen et à censurer le procès ou le jugement étranger (art. 74, iv ou v), ce ne peut être qu'une issue en trompe l'œil pour les parties, car il est évident qu'en pratique, le différend se localisant à l'étranger, la décision caribéenne ne s'y imposera pas et ne pourra y donner lieu à exécution forcée ; alors qu'au contraire, le jugement étranger, disqualifié en Caraïbe, pourra sans difficulté être ramené à exécution par les autorités de l'Etat au nom duquel il a été prononcé. En admettant l'effet réflexe qui garantit l'unité de procédure par le dessaisissement du juge caribéen, l'article 9 se plie aux exigences d'économie procédurale et, de plus, il s'aligne sur l'objectif même de ce mode d'unification douce qu'est la loi modèle en assurant l'unité de solution entre les Etats qui s'y sont ralliés. En revanche, il a pu paraître plus téméraire de prévoir pareille division du travail juridictionnel avec des Etats qui n'ont pas adopté la loi modèle et qui, plutôt que s'engager sur la voie de l'harmonisation, préfèrent conserver leur propre système de compétence internationale, dont la teneur peut être différente – que ce soit par l'effet de divergences de rattachement ou par l'effet de divergences de qualification des demandes – et aboutir à laisser la compétence aux tribunaux de quelque Etat tiers dont les titres seraient moins pertinents que ceux que conservent les tribunaux de Caraïbe.

<sup>&</sup>lt;sup>256</sup> G. Droz, Compétence judiciaire et effets ds jugements dans le Marché commun, Bibl. Dr. int. pr., vol. xiii, Dalloz 1972, n° 165, P. Gothot et D. Holleaux, La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Paris, 1985, n°37.

Ainsi l'effet réflexe se limite à obliger le juge caribéen à se déclarer, au besoin d'office, incompétent dans le seul cas où il est assuré que le litige sera tranché à l'étranger par des tribunaux dont la compétence est incontestable (art. 17, §4<sup>257</sup>); c'est précisément ce que garantit l'adoption de la loi modèle par l'Etat de réalisation du critère de l'article 9. Avec l'effet réflexe s'esquisse un réseau de coopération judiciaire qui pourrait se développer en véritable espace judiciaire Ohadac.

**141.** L'article 9 décline huit cas de compétence exclusive. Parmi ceux-ci un seul échappe clairement à la dimension territoriale; il s'agit du dernier de la liste (art. 9, viii) où est établie la compétence des tribunaux caribéens sur le contentieux relatif à la détermination de la nationalité caribéenne. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi en cette matière le titre des tribunaux caribéens, d'une part, ne repose pas sur un lien territorial et, d'autre part, est marqué d'exclusivité. La nationalité d'un individu peut sans doute être fondée sur le jus soli, mais la relation qu'elle établit entre l'individu et l'Etat est un lien personnel qui se conserve même au delà des frontières et conserve sa vitalité et son autorité en quelque lieu que l'individu se trouve. Ce lien qui est l'objet du procès intéresse certes la personne privée qui en est le sujet, mais il intéresse aussi et de très près l'Etat à qui la qualité de souverain confère le monopole de la détermination de ses nationaux, c'est-à-dire de sa composante personnelle. L'incidence qu'aura nécessairement sur cette composante le jugement prononçant au principal sur l'attribution, l'acquisition ou la perte nationalité, justifie l'exclusivité. Attesté par l'applicabilité de sa propre loi, l'intérêt de l'Etat est trop étroitement engagé pour qu'il s'abandonne à une juridiction étrangère. Et cela est si clair qu'il est permis de conjecturer que quiconque à titre principal revendiquera une nationalité déterminée ou contestera en être titulaire s'adressera directement aux juridictions de l'Etat concerné, de telle sorte qu'en ce cas la question de l'effet réflexe de l'exclusivité n'aura guère l'occasion de se poser devant les tribunaux caribéens.

142. Mais il se pourrait qu'un tribunal étranger s'estime compétent pour connaître d'une question de nationalité caribéenne, par exemple, parce que ses propres règles de droit judiciaire international l'autorisent à connaître *incidemment* de la question de nationalité dont la solution est nécessaire pour la résolution de la question principale dont il est saisi en tant que juge du domicile du défendeur. Cette éventualité intéresse la Caraïbe sur le plan de la reconnaissance de la décision ainsi obtenue à l'étranger : l'exclusivité de la compétence de l'article 9 ne fait—elle pas, selon l'article 74, iii), obstacle à la régularité et donc à l'efficacité de cette décision étrangère ? Quoique le texte de l'article 9 ne fasse pas de distinction entre demande principale et question incidente, il semble qu'ici il convienne de restreindre l'exclusivité de la compétence internationale et le monopole qu'elle attribue aux juges caribéens à l'hypothèse où la nationalité caribéenne est l'objet principal de l'instance. Le refus de reconnaissance opposé à la décision étrangère conduirait à un déni de justice autorisant le renouvellement du procès devant le juge caribéen

<sup>&</sup>lt;sup>257</sup> Art. 17, §4 :"Los tribunales caribeños se declaran de oficio incompetentes cuando se lleva ante ellos una demanda para la cual los tribunales de otro Estado que haya adoptado la presente ley son exclusivamente competentes en virtud del artículo 9".

(art. 15, ii), alors même que l'issue de la question de nationalité caribéenne traitée incidemment dans l'instance étrangère n'y a, au plus, reçue d'autorité qu'au regard de la solution apportée à la question principale; les coûts et délais exigés par le redoublement des procédures seraient disproportionnés au point de représenter une entrave à la jouissance du droit à une protection juridictionnelle effective que ne pourrait justifier le faible trouble redouté de la reconnaissance. Réciproquement, le cantonnement aux seuls cas où la question de nationalité caribéenne est l'objet principal du procès doit être admis pour l'interprétation et l'application de l'article 17 §4: les tribunaux caribéens se déclarent d'office incompétents lorsqu'ils sont saisis à titre principal d'une demande portant sur une nationalité étrangère, sur laquelle les tribunaux d'un autre Etat ayant adopté la loi modèle sont exclusivement compétents en vertu de l'article 9; en revanche, si la question de nationalité étrangère est soulevée incidemment à une question principale qui relève de leur compétence, les tribunaux caribéens n'ont pas à se déclarer incompétents.

Ce point d'interprétation concernant l'étendue de l'effet réflexe intéresse également les autres chefs de compétence exclusive qu'énumère l'article 9 et qui pour les mêmes raisons sont justiciables de la même solution.

143. Ces autres chefs de compétence exclusive se rejoignent tous par leur caractère territorial. Cette territorialité procède de considérations de bonne administration de la justice et d'économie procédurale dont l'intensité varie selon les cas mais sur une échelle relativement étroite. Pour chacune d'entre elles se retrouve aussi la pression de l'intérêt de l'Etat. Celui-ci est engagé par les demandes tendant à obtenir ou à dénier la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et sentences arbitrales en Caraïbe (art. 9, vi), puisqu'il s'agit de l'intégration dans l'ordre juridique caribéen de décisions prises, en dehors de son propre système judiciarocoercitif, au nom d'une souveraineté étrangère ou par application d'un accord privé ; aucune autre autorité que celle de la Caraïbe ne peut, sans compromettre la souveraineté et l'organisation de la justice publique caribéennes, prononcer utilement sur ces questions. En ce domaine, le périmètre opérationnel de cette souveraineté et de cette organisation coïncident avec le territoire national. Il convient d'observer d'ailleurs que la compétence exclusive embrasse ici, au delà des procédures d'accueil des décisions, le contentieux des mesures d'exécution, puisque celles-ci réalisent le monopole que détient l'Etat sur l'usage de la contrainte légitime et ce monopole est circonscrit au territoire national. Associée à la précédente, cette dernière justification vaut aussi à propos des mesures conservatoires qui doivent être exécutées sur le territoire de la Caraïbe (art. 9, vii).

144. Sans doute moins étroitement impliquée, la souveraineté l'est encore s'agissant des *registres publics* institués et gérés pour consolider diverses sortes de droits des particuliers et faciliter leur exercice par l'information des tiers (registre de l'état civil, registre foncier, registre du commerce, registre des sociétés...). Implantés sur le sol national et opérant selon des procédés formalistes, ces organismes produisent une information qui est à la fois codée et de portée géographique cir-

conscrite au territoire<sup>258</sup>. La publicité des situations juridiques est ainsi l'objet de services publics que l'Etat organise dans l'intérêt des particuliers, non pas seulement des titulaires de droits, mais bien de l'ensemble de la collectivité, et cette mission d'administration publique des intérêts privés ne peut, sans attenter à la souveraineté de la Caraïbe ni exposer au risque de perturbations, être soumise au contrôle, ne serait—il que juridictionnel, d'un Etat étranger. Aussi bien, la loi modèle se rallie aux solutions consacrées par le système Bruxelles I (art. 22, al. 1<sup>er</sup>, n°3 et 4) pour les registres publics en général, ce dont l'article 9, iv) prend acte, que pour, *l'inscription et de la validité des brevets* et autres droits soumis à dépôt ou enregistrement visées à l'article 9, v)<sup>259</sup>.

145. Peut-être de manière moins visible, la main de l'Etat pèse cependant sur les deux catégories d'institutions aptes à agir de façon autonome dans la vie civile et commerciale que sont, d'une part, les sociétés et personnes morales (art. 9, ii) et, d'autre part, les trusts (art. 9, iii). La loi modèle en retenant pour ces deux catégories des solutions identiques se sépare du système Bruxelles I et de la Lopi lesquels, ne prévoyant pas de compétence exclusive pour le trust et même négligeant son autonomie, soumettent son contentieux interne au dispositif de compétence domiciliaire à moins que ne l'écarte une prorogation volontaire de for. Mais, comme il a été observé plus haut sous l'article 5. 1, litt. c), un certain nombre de systèmes juridiques de l'espace OHADAC connaissent cette institution et entendent en favoriser le développement ; il a paru dès lors opportun d'apporter aux procès qui mettent en cause l'existence ou le statut de celle-ci un régime de compétence approprié. Comme, à l'instar de la société ou des autres personnes morales, le trust est une entité artificielle (par opposition aux personnes physiques qui sont naturelles), sa réalité sociale, qui lui permet de gérer les intérêts auxquels il est ordonné de manière indépendante, est le produit de l'ordre juridique sous l'égide duquel il vit ; il convenait donc d'ériger également en chef de compétence le domicile tel que le définit l'article 5, §1, litt. c), car c'est en ce lieu que cette réalité se manifeste et que les décisions la concernant feront sentir leur effet, lequel ne pourra être que celui que prévoit et sanctionne l'Etat protecteur<sup>260</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>258</sup>Vid. S. Corneloup, La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé, Paris, LGDJ, 2003.

<sup>&</sup>lt;sup>259</sup> La CJCE, le 15 novembre 1983, aff. C. 288/82, *Duinjstee*, a précisé que dans l'acception communautaire, la catégorie des "litiges en matière d'inscription et de validité des brevets", sujet à la compétence exclusive, ne comprenait pas les litiges portant sur l'appartenance des droits, sur les contrats dont ceux-ci sont l'objet ni sur la contrefaçon qu'ils subissent. Moins heureusement, la même Cjce (13 juillet 2006, *GAT*, aff. C-4/03) a décidé, sans tenir compte de la configuration particulière de l'action en déclaration de non contrefaçon, qui intervertit les positions procédurales des parties, que l'exception de nullité de brevet soulevée incidemment dans l'instance principale portant sur la contrefaçon tombait sous le coup de l'exclusivité; *vid.* M. E. Ancel, « L'arrêt GAT, une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe », *Rev. Communic. Comm. Electronique*, mai 2007, ét. n°10, M. Wilderspin, « La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006. p. 777.

<sup>&</sup>lt;sup>260</sup> Sur la difficulté que soulève la définition pluraliste du domicile des sociétés et personnes morales et du trust, *vid. infra*, sous art. 5

146. Enfin, l'Etat du lieu de situation de l'immeuble se voit reconnaître une compétence exclusive sur les procès dont l'objet principal est constitué par les droits réels dont ce bien est l'assiette. Ici abordée en dernier lieu, cette solution est la première que consacre l'article 9 (i) et ce placement vient rappeler que, dans l'histoire, elle est aux origines de la tradition euro-continentale du droit international privé. Si elle s'est conservée et généralisée, c'est qu'elle reste en consonance avec la représentation contemporaine de l'ordre juridique étatique. Le droit réel sur l'immeuble est perçu comme un élément du statut d'un bien inséparable de cette composante essentielle de l'Etat qu'est le territoire. De plus, faisceau de prérogatives permettant de retirer les utilités de la chose, le droit réel participe à la distribution de celles-ci entre les membres du corps social; base de l'échange social, il requiert l'uniformité locale, de telle manière que ceux qui l'exercent et que ceux à qui il est opposé soient, sur le ou les mêmes biens, titulaires de libertés et sujets de limitations strictement coordonnées, ajustées le unes aux autres, faute de quoi se répandrait l'anarchie. Cette exigence fait à l'Etat un devoir d'assurer une police des sols et de garantir la sécurité des transactions, qui ne tolèrent pas d'interférence de législateurs étrangers. L'implication de l'Etat se renforce ici encore de ses missions régaliennes de promotion ou de protection d'un régime économique et gestion de l'environnement. Le bon accomplissement de ces diverses tâches commande de reconnaître à l'Etat sur le territoire duquel est implanté l'immeuble le monopole du traitement juridique des droits dont celui-ci est le support, ce qui ne se conçoit pas avec la même portée, à propos des meubles (vid. infra, art. 58 et s). Au demeurant, des raisons moins publicistes et qui se retrouvent avec plus ou moins de relief dans les autres cas visés à l'article 9 militent en faveur de cette compétence exclusive. En cas de litige, l'Etat de la situation est celui sur le territoire duquel il y aura lieu, le cas échéant, de procéder à des mesures d'instruction et il est aussi celui dont la loi sera normalement applicable en cette matière de droits réels; aussi, les tribunaux « à pied d'œuvre » et familiers des règles régissant la cause répondent à la double dimension, géographique et intellectuelle, du « principe de proximité » qui localise ainsi le procès sur ce territoire et tend à garantir une bonne administration de la justice par l'exacte connaissance des faits et une exacte application du droit. Associé à l'exigence d'économie procédurale qui recommande d'agir devant les tribunaux du lieu où s'exercent les prérogatives, où donc surgit le conflit des intérêts et où se réalisera nécessairement la décision, ce « principe » impose la solution aux parties, abstraction faite de leurs positions procédurales personnelles (ni actor sequitur forum rei, ni forum actoris), établissant une compétence si rationnellement fondée qu'elle ne leur laisse, en vérité, aucun choix utile. Mais adossée à l'intérêt de l'Etat comme à l'intérêt des particuliers, cette compétence exclusive pourrait développer une vis attractiva qui risque d'en élargir abusivement le domaine au delà des seuls droits réels.

147. Ce risque n'a pas échappé aux auteurs de la loi modèle qui, à l'exemple des auteurs de la Convention de Bruxelles de 1968 ou de l'article 22, 1° de la Lopj, ont complété l'article 9, i) en adjoignant au contentieux portant sur les droits réels immobiliers le contentieux des *baux d'immeubles*. Cet ajout est justifié pour autant que ce dernier vérifie aussi intensément que le premier les raisons qui fondent la

compétence exclusive. Mais dans le même temps, comme il se limite aux contestations « relatives à l'existence ou à l'interprétation des baux ou à la réparation des dégâts causés par le locataire, à l'évacuation des locaux<sup>261</sup> », c'est-à-dire relatives en somme à l'occupation et utilisation du bien loué, il faut admettre qu'il n'est pas extensible à d'autres procès qui opposeraient bailleurs et locataires et où prédomine l'aspect obligationnel ou contractuel. Précisément, l'extension ne se réalise que sur les rapports du locataire à la chose louée et ce sont ces rapports qui sont souvent régis par des législations particulières correspondant à des politiques publiques (d'ordre économique ou social) et dont, en raison de leur complexité et de leur impérativité, il est préférable que l'application soit réservée aux juges du pays où elles sont en vigueur.

Contrairement aux versions successives de la Convention de Bruxelles et aux Règlements Bruxelles I, la loi modèle n'a pas soustrait à la compétence exclusive de l'article 9 les locations de vacances ou baux de courte durée. Il en résulte que les tribunaux de Caraïbe seront nécessairement seuls compétents sur le contentieux que peuvent soulever ces modes d'occupation et d'utilisation et qu'il seront ainsi en mesure de leur appliquer les dispositions que leur législation considère impératives.

Art. 10. Prórroga de competencia a la jurisdicción caribeña. 1. La competencia general de los tribunales caribeños es prorrogada cuando éstos o alguno de éstos son designados de manera expresa o tácita por las partes, salvo que el litigio verse sobre una de las materias previstas por los artículos 9 y 13, a las que no se puede derogar por acuerdo de las partes.

La sumisión en las materias contempladas en los apartados iv), v) y vi) del art. 14 sólo será válida si:

- i) Se fundamenta en un acuerdo de elección de foro posterior al nacimiento del litigio; o
- ii) Ambos contratantes tenían su domicilio en Caribe en el momento de celebración del contrato; o
- iii) El demandante sea el consumidor, trabajador, asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro.
- 2. La competencia así establecida se extenderá a la propia validez del acuerdo de elección de foro, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el apartado siguiente.
- 3. El acuerdo de elección de foro es aquel por el cual las partes acuerdan someter a los tribunales caribeños o a uno de ellos cualquier litigio que hubiera surgido o que pudiera surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o delictual. Salvo pacto entre contrario entre las partes, el acuerdo de elección de foro establece una competencia exclusiva.

<sup>&</sup>lt;sup>261</sup>Rapport Jénard, JOCE, C 59, 5 mars 1979, p. 35

El acuerdo de elección deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de castas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Se considerará que hay acuerdo escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y defensa dentro del proceso iniciado en Caribe, en los cuales la existencia del acuerdo venga afirmada por una parte y no negado por la otra.

148. L'article 6, §3 pose la règle de la licéité des accords d'élection de for dans le champ des rapports privés internationaux (vid. supra). L'article 10 met en œuvre cette règle de licéité lorsque le choix effectué par la convention des parties conduit à élargir le domaine d'exercice de la juridiction caribéenne, au moyen d'une prorogation de la compétence générale des tribunaux caribéens<sup>262</sup>. Un article 12 est par ailleurs spécialement consacré au cas, d'apparence symétrique mais structurellement différent, où le choix des parties tend, par une dérogation de for, à restreindre ce domaine d'exercice de la juridiction caribéenne au moyen de la désignation des tribunaux d'un État étranger.

L'article 10 définit les conditions particulières auxquelles les tribunaux ou le tribunal caribéens objet de l'accord seront régulièrement saisis, quoique ne se vérifie par ailleurs aucun des chefs de compétence édictés par la loi modèle. Si l'accord d'élection de for résulte d'un échange des consentements et relève à ce titre de la sphère contractuelle, il se rattache par son objet au droit processuel et spécialement au droit de la compétence ; cette nature mixte justifie la mise en place d'un régime propre, s'éloignant du droit commun des actes juridiques. Les trois paragraphes de l'article 10 précisent ce régime propre ; mais ils n'effacent pas pour cela les conditions de formation ni les effets du droit commun des contrats qu'ils ne mentionnent pas. Le silence ici vaut soumission ; aussi bien, par exemple, doivent obéir aux solutions habituelles la question de la capacité (vid. infraart. 23) et ou celle du pouvoir (vid. infra, art. 27) de consentir une clause d'élection de for.

149. La clause de prorogation de for est l'expression sur le plan de la compétence internationale de l'autonomie des parties ; elle a pour effet de remettre à celles—ci le choix du jugeet — puisque le juge se réfère à ses propres règles de droit international privé — le choix non seulement de la loi applicable à la procédure, mais aussi de la loi applicable au fond du litige. Dès lors, il convient de réserver l'usage

<sup>&</sup>lt;sup>262</sup> CONC.: Art. 5 Ley DIPr suiza; art. 4.1° Ley DIPr italiana; art. 19 Código DIPr panameño, art. 22.2° LOPJ (Espagne); art. 6 Código DIPr belga; arts. 43 *et seq*. Ley DIPr venezolana; art. 4 Ley DIPr tunecina de 27 noviembre 1998; arts. 17 y 18 Proyecto argentino; art. 108 Proyecto boliviano; art. 7 Proyecto colombiano; Proyecto dominicano; art. 155 Proyecto mexicano, art. 155; art. 1066 C. pr. civ. rumano; art. 59 Projet uruguayo; art. 23 Reglamento Bruselas I; Convención de La Haya de 30 junio 2005 sobre los acuerdos de elección de foro..

de l'accord d'élection de for aux hypothèses dans lesquelles ces choix du tribunal compétent et de la loi applicable sont laissés à la liberté des parties. Se trouvent ainsi soustraits à la règle de licéité, les litiges visés par l'article 9, lequel, en instaurant pour motif d'intérêt public ou collectif des compétences exclusives, développe un effet réflexe s'opposant à la saisine d'un tribunal caribéen (vid. supra sous art. 9). Sont également retirées du champ de la règle de la licéité les procédures intervenant en droit des personnes et de la famille visées à l'article 13 ; la raison traditionnelle de ce retrait est qu'en ce domaine les parties n'ont pas la libre disposition de leurs intérêts selon le droit interne et que la dimension internationale de la relation litigeuse reste sans incidence sur cette considération. Étant donné que cette dimension internationale a généralement pour corollaire d'offrir aux plaideurs la possibilité de choisir entre plusieurs juridictions, l'argument n'est pas absolument convaincant et il semble plutôt que l'interdiction de déroger à la compétence étrangère au bénéfice des tribunaux caribéens résulte de la volonté de conserver à chaque partie la possibilité d'exploiter jusqu'au procès l'éventail des compétences offertes par les législations des États au contact desquels évolue le rapport litigieux ; une simple élection du for caribéen interdirait de se tourner vers ces fors étrangers. On supposera donc que les caractères propres de la matière concernée s'opposent à une prédétermination conventionnelle du tribunal compétent et justifient qu'il soit fait exception à la règle de la licéité.

150. L'exercice de l'autonomie dans le contentieux international est largement reconnu<sup>263</sup>; la pluralité des ordres juridiques, qui définissent chacun leur offre de justice, met la partie qui s'empresse d'ouvrir les hostilités en position de choisir son juge et ainsi de prendre unilatéralement avantage sur son adversaire tant sur le plan processuel que sur le plan du droit applicable, en portant le différend au tribunal qui lui est le plus commode ou celui dont le droit international privé lui promet la solution la plus favorable. La pluralité est facteur d'insécurité, d'imprévisibilité et fragilise la relation avant même qu'elle ne revête un aspect contentieux. C'est pour parer ce risque que la règle de licéité s'impose. Si le choix est exercé d'un commun accord avant que naisse le litige, les parties sauront par quel juge et selon quel droit celui-ci sera tranché et seront donc en mesure de déterminer avec quelque sécurité les comportements que leur dictera le développement de leur relation; s'il est exercé post litem natam, l'accord d'élection prévient l'éventualité ruineuse du développement de procédures parallèles. Cependant ces bienfaits ne sont obtenus que si chacune des parties est parfaitement avertie et consciente de la portée de l'accord. Certaines législations, dans la crainte d'un consentement imprudemment donné, enserrent cet accord dans des dispositions restrictives. Aussi, par précaution, pour garantir le respect et l'efficacité de l'autonomie privée, la loi modèle institue une protection particulière de la liberté du consentement et par égard pour l'objet de la clause qui est la juridiction caribéenne elle circonscrit la portée de l'élection de for.

<sup>&</sup>lt;sup>263</sup> N. Coipel-Cordonnier, Les conventions d'arbitrage et d'élection de for, op. cit.; C. A. Arrue Montenegro, L'autonomie de la volonté, op. cit.,n. 55 et s.; A. Briggs, Agreements on jurisdiction op. cit.

- **151.** I. La protection du consentement est assurée de deux manières différentes ; en son troisième paragraphe, l'article 10 prévoit une protection générale, applicable à tous les justiciables et à tous les accords et, en son premier paragraphe, il prévoit une protection spéciale qui concernent les clauses d'élection de for conclues ou à conclure dans des hypothèses où les parties ne sont pas réputées être sur un pied d'égalité.
- 152. Ces hypothèses de protection spéciale correspondent à des situations pour lesquelles l'article 14 instaure un système de compétence inégale étendant la juridiction des tribunaux caribéens en faveur à l'une des parties parce qu'elle se trouverait généralement face à l'autre dans un rapport d'inégalité de puissance économique et donc de pouvoir de négociation (inequality of bargaining power). Cette inégalité est réputée exister de manière structurelle entre le consommateur et son fournisseur professionnel, entre le travailleur salarié et son employeur, entre le preneur d'assurance, l'assuré, la victime ou le bénéficiaire et la compagnie d'assurance ; il est évident que l'un des contractants, dans ces cas de figure, dispose habituellement d'un potentiel juridique, matériel, commercial et financier qui lui confère la liberté de traiter à des conditions prometteuses, tandis que l'autre contractant, déclaré partie faible, parce qu'étreint par le besoin ou contraint d'aliéner sa force de travail ou bien angoissé par un avenir incertain, ne jouit pas d'une entière liberté d'information et de jugement et subit de la sorte une perte d'autonomie. En raison de cela et aussi pour éviter que ne soient compromises les fonctions de consommation, de production et de prévoyance qui conditionnent la participation à l'échange social et à la vie de la cité tels que les gère la société contemporaine, l'article 14 ouvre à la partie faible et à elle seulement, à titre compensatoire, des chefs de compétence complémentaires. C'est dans ce cadre que s'exerce l'autonomie privée, qui est alors orientée vers la protection de la partie faible et n'est admise à s'exprimer que si l'intégrité du consentement de celle-ci est avérée.
- 153. Cette protection fonctionnelle limite la licéité de la clause à trois éventualités. La première est celle où l'élection de for est convenue post litem natam, après la naissance du litige; on supposera alors que le tour contentieux pris par la relation dénoue à ce moment le rapport de domination entre les parties et que chacune d'elles a désormais toute liberté de défendre ses propres intérêts. La seconde éventualité est celle où les deux contractants ont leur domicile en Caraïbe au moment où ils choisissent les tribunaux caribéens ; dans ce cas, d'une part, la prorogation de compétence répond à une exigence de commodité et repose sur un accord de volonté que vient soutenir sur le plan rationnel un lien objectif caractérisé, dissipant tout soupçon d'abus ou d'arbitraire et, d'autre part, la validité de la prorogation neutralise l'éventuel changement abusif de domicile du consommateur. La troisième éventualité est celle d'une élection de for qui ne bénéficie qu'à la partie faible; la clause est valable dans la mesure où elle offre à celle-ci la possibilité de porter sa demande devant un tribunal caribéen que ne désigne aucune règle de compétence caribéenne, mais elle n'est pas valable si elle ménage la même faculté à la partie forte. En somme, l'autonomie des parties n'est admise à jouer sur le terrain de la compétence que selon des modalités qui excluent qu'elle s'exerce au détriment de

la partie faible en aggravant le rapport de domination que celle—ci subit et qui risquerait de la porter à accepter la loi du plus fort. Mais encore faut—il, pour assurer la validité et l'efficacité de la prorogation de compétence des tribunaux caribéens, que soient respectées les conditions tendant à la protection générale du consentement à l'élection de for.

**154.** La protection générale applicable à tous les justiciables et à tous les accords désignant les tribunaux caribéens repose sur une technique juridique classique puisqu'il s'agit de conditions de forme destinées à garantir que les parties se sont engagées de manière effective et en pleine connaissance de cause. Ces conditions ne sont pas draconiennes ; elles se condensent dans l'exigence d'un écrit qui constate et solennise l'accord et en assure la conservation en vue de son éventuelle production en justice. Cet accord peut être consigné dans un instrument propre, un acte séparé, ou bien, le cas échéant, être incorporé au contrat comme une simple stipulation. La définition de l'écrit importe davantage. Même si elle paraît assigner au formalisme un objectif de prédétermination de la preuve de l'accord, cette définition dénote essentiellement la préoccupation de n'admettre que les prorogations de for réellement consenties par les parties. L'écrit est destiné à attester au premier chef l'existence du consentement des parties, que celui-ci se soit exprimé de manière traditionnelle par l'établissement d'un document signé des intéressés ou qu'il ait usé de moyens de communication à distance les plus classiques ou les plus modernes, pourvu que ceux-ci soient d'abord articulés sur le mode de l'échange permettant de constater la rencontre des volontés et ensuite d'en rapporter la preuve en justice.

155. A ces formes d'expression bilatérale du consentement est assimilé l'échange d'écritures entre parties après que la procédure a été engagée devant un tribunal caribéen et duquel il ressort que l'accord d'élection de for allégué par le demandeur n'est point contesté par le défendeur. Cette précision, qui n'écarte pas la définition de l'écrit mais au contraire la met en œuvre dans le cas particulier de la manière tacite, mentionnée par le paragraphe 1<sup>er</sup>. Cette convention tacite n'est opératoire que si son existence est affirmée par le demandeur dans ses écritures communiquées au défendeur et si celui—ci non seulement ne s'y oppose pas, mais au contraire et plus positivement, signifie par ses propres écritures qu'il table sur la compétence des tribunaux de Caraïbe; ce schéma dissipe l'équivoque que le silence pur et simple ferait peser sur la réalité du consentement de la partie qui n'a pas pris l'initiative de s'adresser au juge caribéen.

156. II. – Parfois représenté comme une limitation apportée à l'autonomie des parties, ce formalisme en est au contraire le serviteur dans la mesure où il conditionne l'effet prorogatoire de compétence à un accord effectif de volontés libres et éclairées. Il est de plus une précaution justifiée par l'enjeu spécifique que constitue la juridiction caribéenne. En élargissant le domaine de celle—ci, l'accord d'élection de for revêt une dimension publiciste dans la mesure où il se propose de contraindre un juge de l'Etat à connaître d'une cause qui, en principe, ne s'inscrit pas de manière significative dans la vie sociale de Caraïbe. La prorogation influe ainsi sur

le fonctionnement d'un service public relevant de la souveraineté de cet État ; celle—ci ne peut accepter cette charge sans réserve et prendre le risque d'affaiblir le crédit de la justice qu'elle rend par une trop grande complaisance qui priverait ses décisions de crédit et d'efficacité au regard des autres Etats. Il importe donc qu'elle limite sa disponibilité à ce qui est utile aux parties. Cette considération a, par exemple, déterminé le législateur belge à donner au juge belge désigné par élection de for le pouvoir de « décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique <sup>264</sup>». L'article 10 de la loi modèle ne comporte pas une telle disposition qui ramène l'exercice de la juridiction dans les limites de sa fonction. Mais il faut tenir compte de l'**article 18** qui admet la recevabilité de l'exception de *forum non conveniens*, dont rien n'indique qu'elle ne pourrait pas être opposée à un accord dans les cas qu'elle circonscrit, où la configuration de l'affaire rendrait impossible ou excessivement difficile ou onéreuse l'instruction de l'affaire.

157. Dans le même esprit, la liberté des parties se trouve bridée et par là-même protégée contre elle-même par une limitation très relative, qui d'ailleurs rejoint une exigence du droit des contrats dans la tradition romano-germanique. Il faut en effet selon le paragraphe 3 de l'article 10 que l'élection de for vise tout au plus le contentieux actuel ou futur rattachable à « un rapport de droit déterminé ». Le spécialiste du droit des contrats reconnaît ici la condition de l' « objet certain qui forme la matière de l'engagement<sup>265</sup>». Mais cette condition se comprend aussi comme répondant au caractère dérogatoire, exceptionnel, de la clause, complément fonctionnel du système de compétence internationale caribéen et, à ce titre, subordonné au règlement général de l'administration du service public de la justice. Les parties, à qui il est certes loisible de restreindre la prorogation aux seuls litige nés d'une phase quelconque du développement d'une relation déterminée, ne peuvent pas à l'inverse conclure un accord visant tous les différends susceptibles de naître entre elles à l'occasion de tout rapport de droit présent, passé ou futur qui les lierait l'une à l'autre ; elles ne peuvent pas, par convention privée, se placer de manière générale sous la juridiction de la Caraïbe et forcer, ne serait-ce que dans leurs relations mutuelles, la compétence de l'autorité judiciaire caribéenne sans même apprécier des liens que les litiges qui en naissent présentent ou non avec la vie sociale caribéenne. Une clause de juridiction illimitée exposerait au danger de la nonproximité du juge élu et consommerait un détournement d'institution demandant à la prorogation de for d'accomplir un véritable changement d'allégeance.

158. La nature particulière de l'objet de l'élection de for justifierait aussi que celle-ci, lorsqu'elle est formellement incorporée aux stipulations d'un contrat, en soit juridiquement séparable. C'est ce que prévoit l'article 10 en son second paragraphe lorsqu'il énonce que « la compétence ainsi établie s'étend à la validité même de l'accord ». Il s'agit en effet de l'autonomie de la clause. Cette autonomie confère

<sup>265</sup> Art. 1108, c. civ. fr.

<sup>264</sup> Código DIPr belga, art. 6§2; v. aussi C. proc. civ. roumain, art. 1066 §3. La LDIP suisse, art.
5. 3 implique un tel pouvoir du juge de décliner sa compétence lorsqu'il en refuse l'exercice si une des parties est intégrée à l'ordre juridique suisse ou si la loi applicable est la loi suisse

au juge élu le pouvoir de prononcer sur sa propre compétence même dans le cas où le défendeur lui oppose la nullité du contrat qui renferme l'élection de for ; la validité ou la nullité du contrat sont distinctes de la validité et nullité de la clause, relevant respectivement de conditions propres, de sorte que la nullité du contrat n'implique pas nécessairement la nullité de la clause <sup>266</sup> de même que la nullité de la clause n'emporte pas nécessairement la nullité du contrat.

159. L'article 10 en son paragraphe 1<sup>er</sup> prend soin de préciser que l'accord d'élection de for peut résulter d'une désignation des tribunaux caribéens ou de l'un d'entre eux. L'objet reste toujours l'extension de la juridiction de Caraïbe, mais cette extension peut s'effectuer selon deux modalités différentes. La première se contente d'une désignation globale de l'ordre juridictionnel caribéen, abandonnant au droit interne de celui-ci le soin de déterminer le tribunal spécialement compétent qu'il conviendra de saisir ; le demandeur devra donc se conformer aux règles de compétence territoriale et de compétence matérielle en vigueur en Caraïbe (vid. infra, art. 21). La seconde modalité consiste à convenir du tribunal caribéen spécialement compétent; une telle désignation emporte aussi élargissement du champ de la juridiction caribéenne puisque par hypothèse aucun des chefs de compétence objectifs légalement définis ne fonde la compétence d'un tribunal de Caraïbe. Bien qu'elle corresponde à une pratique très courante et très généralement admise dans les rapports privés internationaux, cette modalité expose toutefois au risque de contrarier une règle de compétence interne impérative, spécialement une règle de compétence matérielle qui, par exemple imposerait de saisir le tribunal des relations de travail et non pas le tribunal de commerce retenu par la clause ; dans ce cas, pour autant qu'on doive considérer que la prorogation de for est fondamentalement un instrument de localisation du procès, il appartiendra au droit caribéen de décider du caractère réparable ou non du vice en fonction de l'intention des parties.

160. A la fin de l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 3, il est énoncé que « sauf convention contraire des parties, l'accord d'élection de for établit une compétence exclusive ». Construite sur le modèle de l'article 23 du Règlement Bruxelles I, cette disposition donne aux parties la faculté de rendre tout éventuelle la saisine d'un tribunal caribéen, car elle leur conserve la liberté de s'adresser aux juges étrangers qui se reconnaissent compétents. Cette faculté se rattache à l'autonomie des parties. Mais il faut constater qu'en elle—même elle ne s'ajuste pas exactement au fondement de la licéité de l'accord d'élection de for. En enrichissant l'éventail des compétences possibles entre les parties, la faculté accentue l'imprévisibilité et encourage la course vers le tribunal. Néanmoins les juridictions de *common law*, spécialement d'obédience anglaise, présument volontiers l'absence de caractère exclusif de la compétence convenue et il faut croire que ce n'est pas seulement pour légitimer le bon accueil qu'elles réserventvolontiers à des causes que l'élection de for prétend diriger vers un autre juge. La pratique, soutenue par l'autorité et la sagesse du juge

<sup>&</sup>lt;sup>266</sup> CJCE, 3 juillet 1997, *Benincasa*, JDI 1998. 581, note Bischoff; Cass. Civ. 1re, 8 juillet 2010, *Bluebell Trading Company*, D. 2010.Pan. 2333, obs. L. D'Avout, *JCP* 2010. 2246, obs. T. Clay. Mais ceci n'exclut évidemment pas que la même cause de nullité se retrouve dans les deux régimes distincts.

anglais, a persuadé que les méfaits de l'absence d'exclusivité ne devaient pas être exagérés et qu'il était possible dans une certaine mesure de laisser sur ce point l'autonomie des parties s'exprimer. L'absence d'exclusivité est donc admise, mais elle devra être négociée et convenue entre les parties et être consignée en la forme écrite de l'accord d'élection de for. Quoiqu'il tolère ce tempérament, le principe demeure celui de l'exclusivité de la compétence choisie, qui commande au plaideur de ne s'adresser qu'aux tribunaux caribéens et condamne les procédures engagées et les décisions obtenues auprès d'un juge étranger au mépris de la prorogation de for.

- Art. 11. Foro general del domicilio del demandado y competencia especiales 1. En materias distintas a las contempladas en el art. 8, y si no mediara sumisión válida a los tribunales caribeños de conformidad con el art. 9, los tribunales caribeños resultarán asimismo competentes cuando el demandado tenga su domicilio en Caribe o se repute domiciliado en ella, de acuerdo a cualquiera de los foros establecidos en los artículos 13 y 14.
- 2. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los tribunales caribeños cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en Caribe, siempre que la demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que aconsejen su acumulación.
- **161.** Actor sequitur forum rei. Empruntée au Code de Justinien<sup>267</sup>, cette règle prescrit au demandeur de porter le litige devant le tribunal du défendeur. Cette règle est reprise pour le compte des juridictions caribéennes par l'article 11 de la loi modèle en son premier paragraphe, avec cette précision que le forum rei est l'ordre juridictionnel dans le ressort duquel est situé le domicile du défendeur : lorsque celui—ci a son domicile en Caraïbe ou est réputé y être domicilié, les tribunaux caribéens sont compétents<sup>268</sup>. Il est clair que le domicile ici visé est celui que définit l'article 5 (vid. supra).
- 162. Cette référence au domicile signale un certain infléchissement du fondement de la solution. A Rome, le droit de cité le disputait au domicile<sup>269</sup> et si celuici l'emporta au Moyen Âge et pendant l'Ancien Régime, c'est parce qu'il s'était substitué à celui-là pour refléter la sujétion de l'individu au juge. Le lien était de nature politique, un lien d'allégeance aux autorités qui disposaient à l'endroit du sujet du pouvoir d'ordonner et de punir, sans doute pour son bien et pour son salut.

<sup>&</sup>lt;sup>267</sup> C. 3, 19, 3, ubi rem in actio; C. 3, 13, 2, de jurisd. omn. jud.

<sup>&</sup>lt;sup>268</sup>CONC.: Art. 3 Loi italienne n°218 ; art. 40 Loi vénézuélienne ; art. 3 Loi tunisienne du 27 nov. 1998 ; art. 5 Código DIPr belga ; art. 1065 Código de procedimiento civil rumano ; art. 7 Projet colombien ; art. 10 Projet dominicain ; art. 56 Proyecto uruguayo ; art. 2 Règlement Bruxelles I.

<sup>&</sup>lt;sup>269</sup> Le droit romain fondait le *forum rei* sur le *domicilium* mais aussi sur l'*origo*, sans clairement indiquer comment se distribuaient les procès entre ces deux rattachements, *vid.* C.F.v. Savigny, *Traité de droit romain*, §355

Le Code Napoléon entérina l'éviction du domicile par la nationalité en tant que lien politique (vid. art. 15 c. civ. fr.) et, exaltant celle—ci, admit même la compétence des tribunaux français de la nationalité du demandeur (art. 14 c. civ. fr.). C'est ainsi qu'en un temps où l'Etat était moins soucieux du bien être individuel de ses sujets, il prétendait se les assujettir le plus étroitement, y compris sur le plan juridictionnel. Le droit contemporain s'est éloigné de cette représentation sans tout à fait la rejeter; le domicile, même réduit à la simple résidence habituelle (vid. supra, art. 5), conserve une signification politique puisqu'il atteste l'intégration de la personne à un milieu social déterminé et politiquement organisé, à la vie duquel celle—ci participe, jouissant des services publics et sociaux et contribuant à leur fonctionnement; il peut alors paraître naturel, « légitime et nécessaire dans une société démocratique » de reconnaître à cette personne le droit à la protection de l'institution judiciaire de sonlieu de vie.

163. Mais aujourd'hui cette considération, dans sa composante publiciste ainsi édulcorée, n'est sans doute plus dominante; elle est en retrait par rapport à une exigence d'équité procédurale qui, depuis longtemps, la concurrençait et a fini par l'emporter. Le « juge naturel » n'est plus celui de l'allégeance politique, mais celui que désigne le « droit naturel » au moyen d'un principe essentiel de justice des intérêts privés : *ubi emolumentum, ibi onus*<sup>270</sup>. Parce qu'il estime l'état de choses insatisfaisant, le demandeur prend l'initiative de déclencher le fonctionnement de l'appareil judiciaro—coercitif de l'Etat, tandis que le défendeur pour qui au contraire l'état de choses est satisfaisant, n'entreprend rien qui puisse le modifier : il est juste que celui qui prétend tirer profit de sa démarche en assume la charge ; dès lors, si une frontière sépare les parties, c'est au demandeur de la franchir et de porter ses prétentions devant le juge du défendeur, c'est au demandeur qu'incombe la *charge de l'internationalité juridictionnelle*<sup>271</sup>.

164. Cette interprétation plus privatiste de la règle du for domiciliaire a permis la reconnaissance d'autres chefs de compétence, des compétences « positives » (par opposition au « juge naturel ») ou « spéciales » (dans le langage de Savigny, repris par le Règlement Bruxelles I). En effet si, en matière civile et commerciale, l'intérêt privé doit être l'objet d'une considération primordiale dans l'organisation du contentieux judiciaire et dans la détermination du tribunal à saisir, l'exigence de bonne administration de la justice vient concurrencer actor sequitur; cette exigence a pour objectif d'unir à une exacte appréciation des faits une correcte application du droit, or le tribunal du domicile du défendeur n'est pas toujours en pratique celui de l'Etat sur le territoire duquel les faits de la cause se sont produits et sont accessibles, ni celui dont le droit déterminera la solution du litige. La bonne administration de la justice qui tend à apporter la protection optimale desintérêts des parties implique une certaine proximité du juge que ce soit à l'égard des faits de la cause ou que ce soit à l'égard du droit qu'il convient de leur appliquer. C'est ainsi que les articles 13 et 14 de la loi modèle admettent la compétence des tribunaux caribéens

<sup>&</sup>lt;sup>270</sup> Inst. I, 17, de legitima patronorum tutela

<sup>&</sup>lt;sup>271</sup> M. Virgos Soriano, F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal internacional. Litigación internacional*, Civitas, 2000, n.87

dans toute une série de cas où le défendeur n'est pas domicilié en Caraïbe, mais où la matière litigieuse implique une certaine localisation en ce pays du rapport à juger. De la sorte, s'ouvre au demandeur une option sur le plan de la compétence internationale. C'est ce que vient consacrer le dernier membre de la phrase composant le premier paragraphe de l'article 9.

- 165. Le poids de la considération de l'intérêt des particuliers se ressent sur deux autres points. D'un côté, il soustrait à ce qui serait l'effet négatif du *forum rei* toutes les causes qui sont l'objet d'une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux caribéens : quoique le défendeur ne soit pas domicilié en Caraïbe, le demandeur bénéficie de la juridiction caribéenne parce qu'il en est valablement convenu avec le défendeur (art. 10). Les parties sont réputées être les mieux qualifiés pour apprécier leurs propres intérêts. D'un autre côté, en sens inverse, ce poids de l'intérêt privé est insuffisant pour attirer dans le champ du *forum rei* les cas qui, du point de vue caribéen, sont l'objet de compétences exclusives dont les chefs se concrétisent hors de la Caraïbe (art. 9) ; dans la mesure où ces compétences répondent à des exigences d'intérêt collectif ou public, elles l'emportent sur l'*utilitas privatorum*.
- 166. En adoptant ce mode d'organisation de la compétence internationale, la loi modèle rallie la tradition romano—canonique ou de *civil law*. Les cours de *common law* cultivent en principe une conception très différente, traditionnellement territorialiste, préférant au *forum rei* le rattachement par le *service* dans le ressort, c'est—à—dire par le lieu de la remise au défendeur de la citation à comparaître. Bien que cette solution ait été considérablement tempérée, elle reste l'axe du système de compétence de ces cours. Mais, l'arrimage au Vieux Continent opéré par l'adhésion du Royaume Uni à l'Union européenne a entraîné cette conséquence que les cours anglaises appliquent désormais de plus en plus souvent le Règlement Bruxelles I; dans cet exercice, elles ont démontré qu'elles n'étaient pas moins bien armées que les tribunaux des autres Etats membres devant les difficultés que rencontre l'application de cet instrument qui est la réalisation la plus moderne de la tradition romano—canonique.
- 167. En son second paragraphe, l'article 11 établit une compétence dérivée des tribunaux caribéens pour le cas où l'action du demandeur serait dirigée contre plusieurs co-defendeurs. Dans cette hypothèse, l'exigence d'économie procédurale qui entend prévenir dans l'intérêt des parties la multiplication des procédures et l'augmentation des coûts et délais recommande la réunion des demandes en une seule instance. Souhaitable, cette concentration du contentieux n'est cependant admise que sous conditions : il faut que l'un des défendeurs soit domicilié sur le territoire caribéen et il faut aussi que les demandes soient unies par un lien si étroit qu'il y a lieu de les instruire et juger ensemble.
- **168.** La *vis attractiva* produisant la compétence dérivée est reconnue au seul chef de compétence domiciliaire établi au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 11. Il s'ensuit par exemple que, plusieurs débiteurs étant tenus de la même dette, il ne suffit pas que l'un seul d'entre eux soit domicilié en Caraïbe pour que les tribunaux caribéens soit

compétents ; encore faut—il que la demande soit effectivement dirigée contre ce débiteur domicilié et il n'est pas prévu d'étendre la compétence domiciliaire si elle n'a pas été activée par le demandeur. Mais il n'est pas nécessaire que cette compétence du *forum rei* soit activée en tant que telle, en termes exprès, sur la base de l'article 11, §1<sup>er</sup>; la demande qui se fonderait sur une compétence spéciale pour saisir un tribunal qui serait par ailleurs celui du domicile de l'un des co—défendeurs exercerait la même force d'attraction et permettrait de concentrer le contentieux devant ce *forum rei*. En revanche, si la même coïncidence se présentait avec un for exclusif ou un for convenu, le paragraphe 1<sup>er</sup> écarterait le *forum rei* et partant la compétence qui aurait pu en être dérivée (*vid. supra*, n° 140)

169. La seconde condition requise est qu'il existe « entre les différentes demandes formées par un même demandeur à l'encontre de différents défendeurs, un lien de connexité tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causesétaient jugées séparément »; ainsi formulée par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>272</sup>, cette exigence a été reprise presque dans les mêmes termes par le Règlement Bruxelles I. Elle indique clairement que l'économie procédurale n'est pas un impératif si puissant qu'il autorise en tout cas à négliger l'équité procédurale au détriment des codéfendeurs non domiciliés. Pareil sacrifice n'est envisageable que si le bénéfice qu'il promet est tangible ; c'est pourquoi, dans le droit de l'Union, le lien de connexité entre les demandes est exigé et le péril qu'il y aurait à le méconnaître est représenté. La loi modèle se montre moins stricte, la connexité n'est pas mentionnée ni l'inconciliabilité de décisions. Il s'agit là de notions difficiles à définir comme le montre la jurisprudence de la Cour de justice<sup>273</sup> et il a paru plus prudent à la loi modèle de se limiter à un énoncé qui dénote bien le rapport coût-avantage mais, ne préjugeant pas des éléments permettant d'établir celui-ci, laisse à chaque Etat le soin de les préciser.

Art. 12. Derogatio fori. Cuando la competencia de los tribunales caribeños resulte del art. 11, dicha competencia puede descartarse por acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal o de los tribunales de un país extranjero. En ese caso, los tribunales caribeños suspenderán el procedimiento en tanto el tribunal ante el cual se ha llevado el litigio con base al acuerdo de elección de foro no se declare incompetente

**170.** L'article 12 souligne le double caractère unilatéral et formellement particulariste de la législation de droit international privé que la loi modèle apportera à chaque Etat qui l'adoptera<sup>274</sup>. Lorsque les règles de compétence internationale sont de source multilatérale – ou commune à plusieurs ordres juridiques – il n'est nu-

<sup>&</sup>lt;sup>272</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis* (aff. 189/87)

<sup>&</sup>lt;sup>273</sup> CJCE, 27 octobre 1998, *La Réunion européenne* (C-51/97), 13 juillet 2006, *Roche Nederland BV* (C-539/03), et *Reicsh Montage AG* (C-103/05) et 11 octobre 2007, Freeport Plc (C-98/06)

<sup>&</sup>lt;sup>274</sup> CONC.: Art. 5 Ley DIPr suiza ; art. 4 Loi nº 218 (Italie) ; art. 7 Código DIPr belga ; art. 47 Loi vénézuélienne ; art. 17 Projet argentin ; art. 17 Proyecto panameño.

llement nécessaire, dans les rapports entre les Etats qu'elles lient, de dissocier le traitement des accords d'élection de for et de consacrer des dispositions différentes à la prorogation et à la dérogation de compétence. Soumis dans l'un et l'autre for qu'elle affecte à un régime commun, l'élection accède pareillement à la validité au regard de l'un et au regard de l'autre et ajuste son effet dérogatoire sur son effet prorogatoire.

Partant de l'hypothèse encore actuelle qui conserve à chaque Etat souverain la maîtrise de son droit international privé, la loi modèle sépare la question de l'extension de la juridiction de celle de son rétrécissement. Pour résoudre la première, il n'est nul besoin de se préoccuper du point de vue de l'Etat étranger aux tribunaux duquel l'accord soustrait le litige, il suffit de définir les conditions auxquelles le for élu subordonne sa saisine. En revanche, lorsqu'il s'agit d'enlever la cause aux tribunaux du for (du for caribéen exclu), il convient pour celui—ci, en déterminant les conditions de cette soustraction, d'intégrer le point de vue du for élu, pour s'assurer que ce dernier est disposé à entendre la cause et rendre justice aux justiciables qui l'ont choisi ; le for caribéen exclu ne retirera l'offre de justice que font ses règles de compétence donnant accès à ses tribunaux que si le choix des plaideurs est accepté par le for élu. Cette prise en compte peut s'effectuer de manière abstraite sur le plan des conditions de validité de la dérogation ou de manière concrète sur celui de la procédure. L'article 12 a préféré le plan de la procédure pour consulter le point de vue du for élu.

171. Cette option n'interdit évidemment pas de soumettre par ailleurs la *derogatio fori* à un encadrement correspondant à son objet, lequel ne se limite pas à choisir une juridiction étrangère mais tend à éliminer la juridiction du for. En retenant le terme d'*accord d'élection de for* pour désigner la convention de juridiction, l'article 12 procède à une qualification qui commande, de manière quasi implicite, de subordonner aux conditions de l'article 10 la validité de la dérogation. L'instauration de la protection spéciale des parties faible et de la protection générale de tous les justiciables ne sont pas moins nécessaires lorsqu'il s'agit de s'écarter des tribunaux; de même, les limitations imposées à l'autonomie sont tout aussi fondées ici que dans le cas de l'accord de prorogation.

172. Il faut simplement relever cette différence qui cantonne l'effet dérogatoire de l'autonomie des parties aux seules compétences caribéennes fondées sur l'article 11, c'est—à—dire sur le domicile du défendeur. Du point de vue caribéen, cette restriction abrite de l'autonomie des parties les compétences exclusives de l'article 9 et les compétences spéciales de l'article 13 en matière de droit des personnes et de la famille qui sont impératives, mais aussi les compétences spéciales en matière patrimoniale de l'article 14; il s'ensuit, par exemple, queles contractants qui seraient convenus d'une clause leur permettant de s'adresser à un ou aux tribunaux d'un Etat étranger alors que l'article 14 leur ouvre l'accès à la juridiction de Caraïbe, conservent la faculté de saisir les tribunaux caribéens. Cette dissymétrie par rapport à l'article 10 est contestable dans la mesure où elle confère au contractant le plus rapide à soulever le contentieux, la faculté de se dédire de son engagement; sans doute, la loi modèle a—t—elle ici considéré qu'il n'était pas possible de priver

un justiciable des bienfaits de la juridiction caribéenne et que cette indérogeabilité devait être prise en compte par les deux parties lors de la conclusion de l'accord. Si cet accord est jugé valable et efficace par le for élu, il pourra être respecté par les parties et la décision qui sera prononcée par le juge étranger sur cette base pourra même être reconnue en Caraïbe en ce qu'elle n'implique pas de contravention à l'article 74, iii. Il reste cependant que la perspective d'une telle issue ne compense qu'imparfaitement la perte que subit la clause dans son utilité, qui est d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique.

173. L'article 12, seconde phrase, a choisi la voie procédurale pour introduire la prise en considération dupoint de vue du for élu. Cette prise en considération interviendra lorsque le juge caribéen du forum rei sera saisi par l'une des parties au mépris de la clause. Dans ce cas, l'exception d'incompétence, éventuellement soulevée à l'initiative du juge, et dont le bien-fondé serait admis doit conduire au sursis à statuer, à la suspension de la procédure. Sans doute aurait-il été possible de se montrer plus dogmatique et de prescrire ici qu'une fois constatée la validité de la clause, il soit mis fin à l'instance devant le tribunal caribéen. Cette solution aurait toutefois exposé le demandeur et même son adversaire à se confronter à un vide juridictionnel dans le cas où le droit du for élu frappe la clause de nullité. Liant concrètement l'effet dérogatoire à l'effet prorogatoire, la loi modèle a préféré une solution moins radicale qui ne débouche sur le dessaisissement dujuge caribéen que s'il est avéré que le tribunal vers lequel l'affaire est transférée est disposé à connaître du procès ;il n'y aura pas à attendre longtemps si ce for élu est simultanément saisi et, dans le cas contraire, les parties mettrontà profit le sursis à statuer pour obtenir une décision sur ce point. L'article 12 n'assigne cependant aucun délai pour recueillir cette information; il faut donc croire que si celle-ci tarde à venir, c'est que les diligences des parties ont été insuffisantes et que cette insuffisance autorise la présomption qu'elles ont renoncé à une éventuelle saisine du juge élu. Aussi bien, il est permis de penser que lorsque le silence sur la position du for élu se sera prolongé sur une durée raisonnable, l'instance devant le juge caribéen pourra reprendre à la demande de l'une ou l'autre des parties. Cette voie judiciaire de prise en considération du point de vue du for élu n'est peut-être pas parfaite, mais elle semble plus performante que la voie d'une règle abstraite qui imposerait d'abord aux parties, puis le cas échéant au juge, de se reporter au droit étranger pour s'assurer de la validité del'accord.

- Art. 13. Derecho de la persona y de la familia. Sin perjuicio de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales caribeños serán competentes:
- i) en materia de declaración de desaparición o fallecimiento, cuando la persona sometida a tal medida hubiere tenido su última residencia habitual en territorio caribeño; los tribunales caribeños conocerán también de la declaración de desaparición o fallecimiento cuando se trate de una cuestión incidental a la causa principal de la que estén conociendo;

- ii) en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapaces, cuando el menor o incapaz tenga su domicilio/residencia habitual en Caribe;
- iii) en materia de medidas de protección de la persona o bienes de los mayores, cuando el mayor tenga su domicilio/residencia habitual en el Caribe –si se quiere una norma especial sobre mayores;
- iv) en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda, o hayan tenido su última residencia habitual común en Caribe y el demandante continúe residiendo en Caribe al tiempo de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad común caribeña;
- v) en materia de filiación cuando el hijo tenga su residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda, o el demandante sea caribeño y resida habitualmente en Caribe desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda;
- vi) en materia de constitución de la adopción, el adoptando resida habitualmente en Caribe o cuando adoptante y adoptando posean la común nacionalidad caribeña;
- vii) en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio caribeño y cuando la acción alimenticia se plantee dentro de un procedimiento relativo al estado civil para el que los tribunales caribeños posean competencia.
- 174. El presente precepto recoge los foros especiales por razón de la materia en lo referente al Derecho de la persona y de la familia<sup>275</sup>. La denominación "foros especiales" resulta particularmente gráfica y expresiva de la naturaleza de estos foros. El demandante, siempre que no se trate de una materia sujeta a una competencia exclusiva o medie sumisión de ambas partes, mantiene en todo caso una doble opción: plantear su demanda ante los tribunales correspondientes al domicilio del demandado o, como alternativa, hacerlo ante los tribunales que designan las normas de competencia judicial especiales por razón de la materia, que le brindan, en consecuencia, una nueva posibilidad de instar sus pretensiones. Estos foros se fundan en un principio de proximidad, procediendo a designar aquellos tribunales que, por razón de la naturaleza de la cuestión litigiosa, pueden presentar una vinculación más estrecha con el litigio. En otros casos, sin embargo, la neutralidad del principio de proximidad cede en favor del establecimiento de foros de protección, por la existencia en la relación litigiosa de una parte débil: consumidor, asegurado, trabajador, etcétera.

En caso que los tribunales caribeñoscarezcan de competencia en virtud de los foros generales (arts. 10 y 11), o si no se trata de una materia sujeta a la competencia

<sup>&</sup>lt;sup>275</sup> CONC.: Art. 22.3° LOPJ (España); art. 12Proyecto DIPr dominicano; Reglamento Bruselas II bis.

exclusiva de los tribunales caribeños (art. 9), la competencia de los tribunales caribeños puede venir afirmada, por razón de la materia concreta, en virtud de los foros especiales que se contienen en este precepto. Cada uno de estos foros regula una materia particular o una institución o relación jurídica concreta dentro de una misma materia, por lo cual resulta imposible que dos foros sean llamados a determinar la competencia judicial internacional en una misma materia.

Los foros especiales, por su naturaleza y función, deben ser interpretados de forma restrictiva, tanto si se trata de foros de protección como si se configuran como foros neutros. Se trata de una excepción al foro del domicilio del demandado y, como tal, debe interpretarse restrictivamente para garantizar el alto grado de previsibilidad de las reglas de competencia judicial internacional. Sin embargo, no tienen cabida las interpretaciones restrictivas que tiendan a confundir el foro especial con el foro general del domicilio del demandando. El foro especial proporciona, precisamente, un foro alternativo al foro del domicilio del demandado. Precisamente por ello, en la mayoría de los casos, el foro especial puede coincidir con el foro del domicilio del demandante, sin que por ello se convierta en un foro exorbitante<sup>276</sup>, ya que se construye sobre indicios de proximidad razonables y específicos: lugar de ejecución de la obligación, lugar donde se produce el daño, lugar donde se sitúa el establecimiento secundario o agencia, etcétera.

175. Al igual que acontece con el art. 14 (vid. infra)del Proyecto, el tenor literal del presente preceptoparece dar pie a afirmar que existiría un método jerarquizado de foros de competencia. De esta suerte, los foros exclusivos tendrían un carácter prioritario, bastando que se diera la conexión prevista en el mismo para que operase la competencia de nuestros Tribunales. En su defecto se acudiría a los foros generales y, sólo si éstos no fueran operativos, trataría de determinarse la competencia de los Tribunales caribeños con base en los foros especiales por razón de la materia, aplicables "sin perjuicio de los criterios señalados en los artículos precedentes". La explicación de semejante estructura del Proyecto con base en el criterio de jerarquía no es, sin embargo, del todo afortunada, y existen muchos argumentos capaces de ponerla en tela de juicio. En primer lugar, el propio recurso a un método jerárquico se muestra inapropiado e inconsecuente con la propia naturaleza de las normas de competencia; dicho método funciona perfectamente en las normas de Derecho aplicable, concretamente en las normas de conflicto donde, es posible y a menudo útil articular un sistema de conexiones jerarquizadas a partir de un criterio racional o de una orientación material. Dicho método funciona porque la consecuencia de la norma de conflicto es tan concreta como la designación de una ley aplicable, que no va a ser la misma si se actúa la primera, la segunda, la tercera o la cuarta conexión en el orden de prelación establecido. De igual modo, la estructura jerárquica funciona en tratados internacionales o normas uniformes que vinculan a varios Estados, como pueda ser el Reglamento Bruselas I, dado que los distintos foros que incluyen se insertan en norma de competencia de carácter bilateral o multilateral. Sin embargo, el método jerárquico carece de lógica en las normas de competencia de un sistema de DIPr de base estatal que son necesariamente unilaterales,

<sup>&</sup>lt;sup>276</sup> P. Buisson, La notion de for exorbitant (étude de droit international privé), Thèse Paris II, 1996.

dado que el resultado de cualquier foro de competencia delos arts. 9 *et seq.* del Proyecto es siempre el mismo: la atribución de competencia a los Tribunales caribeños.

Los foros generales determinan la competencia de los Tribunales caribeños sin hacer referencia alguna a las materias afectadas. Se trata de los dos foros contenidos en los arts. 10 y 11 y el resto son foros especiales, enunciados teniendo en cuenta la materia sobre la que versan (arts. 13 y 14). Ahora bien, no todos los foros especiales por razón de la materia tienen el mismo carácter. Puede decirse que existen dos grandes tipos de foros especiales en este orden: exclusivos y concurrentes. Los primeros son los que enuncia el art. 9. Los otros se hallan dispersos en los arts. 13 y 14. La diferencia entre ambos radica en que los primeros implican una competencia exclusiva de los Tribunales caribeños que impide radicalmente el reconocimiento de una sentencia extranjera que haya conocido en tales circunstancias. Los segundos se denominan concurrentes porque, aunque atribuyan competencia a los Tribunales caribeños, no excluyen la posibilidad de reconocer una sentencia extranjera cuyo Tribunal se haya declarado competente con base en tales criterios, u otros distintos siempre que se estimen razonables. Interesa destacar, sin embargo, que, entre los foros concurrentes, algunos, por razón de la materia concreta, son susceptibles de una calificación como "foros de protección" (alimentos o filiación) que reflejan más nítidamente el interés en proteger a la parte débil de la relación en cuestión.

176. La declaración de ausencia y la declaración de fallecimiento constituyen actos de jurisdicción voluntaria íntimamente vinculados entre sí, que tienen que ver, más que con la personalidad jurídica, con la protección de los bienes del declarado ausente o fallecido y de los intereses de los terceros. Se trata de instituciones que presentan una gran heterogeneidad en el Derecho comparado, de forma que mientras algunos sistemas sólo conocen la declaración de ausencia o de fallecimiento, otros combinan ambas figuras, dándose, en todo caso, una enorme variedad en el procedimiento, contenidos o efectos.

La letra i) del presente precepto prevé la competencia de los Tribunales caribeños, en materia de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio caribeño. Dicho foro se justifica en la estrecha conexión que implica el domicilio, tanto respecto de la persona como de sus bienes, garantizando la proximidad del supuesto, así como la efectividad de la decisión y de las medidas de protección adoptadas. Desde un punto de vista procesal, resulta igualmente adecuado, pues permite una vinculación especial con las circunstancias de la desaparición, si bien esta conexión no se da cuando la persona desaparece, a ciencia cierta, en otro país. La regla de competencia ha sido objeto de críticas por su carácter restringido, pareciendo preferible el recurso al foro de la residencia habitual, de suyo más amplio, o incluso la apertura en ciertos casos al foro de la nacionalidad. Pero, sobre todo, perjudica los intereses de los terceros (familiares, presuntos herederos...) que son también objeto de consideración legal en el Derecho material, pudiendo redundar en auténticos supuestos de denegación de justicia. En particular, no debe descartarse la posibilidad de justificar la competencia de los Tribunales caribeños, sobre un foro de necesidad, en los muchos casos de conflictos negativos de competencia, sobre todo cuando en el Estado del último domicilio del ausente se recurre al foro igualmente rígido de la nacionalidad del ausente<sup>277</sup>.

La posibilidad de adoptar medidas consevatorias tales como las previstas en la legislación del foro bajo el concepto de defensa de los bienes del desaparecido, abre las vías de competencia judicial internacional contempladas en el **art. 16** del Proyecto cuando los bienes se encuentren en Caribe y dichas medidas deban ejecutarse en dicho país.

177. La mayoría de edad no implica la capacidad de obrar si concurre una enfermedad o deficiencia física o psíquica que justifiquen la incapacitación. En el caso de los mayores de edadla incapacitación es un requisito previo e imprescindible para la adopción de la mayoría de medidas de protección. No ocurre lo mismo en el caso de los menores. Las medidas de protección de menores que se contemplan en la letra ii) del presente precepto se imponen por el mero hecho de ser menores, sin que sea necesaria su incapacitación. Ciertamente, también es posible la incapacitación preventiva de menores aquejados de una causa de incapacidad llamada a persistir tras la mayoría de edad, pero tal medida constituye, en tal caso, una anticipación de la protección de la mayoría de edad, y no impide su concurrencia con otras medidas de protección específicamente destinadas al menor. En el caso de los mayores de edad, incluidos en la letra iii) la incapacitación es el paso previo necesario para adoptar medidas de protección, como la tutela o algunos tipos de curatela.

La incapacitación es un requisito previo a la adopción de ciertas medidas de protección del incapaz, independientemente del hecho de que ambas puedan ser acordadas en un mismo procedimiento judicial. Ciertamente, la incapacitación pronunciada por una decisión extranjera será susceptible de producir efectos en Caribe en virtud del reconocimiento o execuátur. Por su parte, los órganos jurisdiccionales caribeños serán competentes, a tenor del presente precepto, cuando el presunto incapaz tuviera su residencia habitual en Caribe, criterio manifiestamente razonable, pues designa a nuestros Tribunales cuando el individuo vive de una manera estable en nuestro territorio, y son los jueces caribeños los más indicados para evaluar las causas y la procedencia de la incapacitación. Más generosos, empero, son los criterios que pueden justificar la adopción de medidas cautelares o provisionales que deban adoptarse en beneficio del individuo o de sus bienes, especialmente el internamiento en un establecimiento especializado, pues basta para ello que el presunto incapaz se encuentre en Caribe, aunque no resida aquí, o que en Caribe se hallen sus bienes. La urgencia de estas medidas justifica sobradamente ambos criterios.

Si bien la incapacitación es una condición previa para la adopción de medidas de protección definitivas del incapaz mayor de edad, pues se exceptúan las medidas provisionales o urgentes que se hayan podido adoptar, habitualmente pueden adoptarse en el mismo procedimiento medidas de protección específicas, como el internamiento, o bien, inmediatamente después de la incapacitación, procede adoptar

<sup>&</sup>lt;sup>277</sup> P. A. de Miguel Asensio, "La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLVII, 1995-2, pp. 41-70.

medidas como la tutela o la curatela. En algunos casos, como en la curatela del pródigo, la adopción de una medida de protección no exige la previa incapacitación, si bien la curatela está asimismo indicada para incapacitados con un mayor grado de discernimiento. Resulta apropiado, en consecuencia, que el Proyecto haya adoptado idénticos foros de competencia en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona incapacitada o de sus bienes, atribuyendo dicha competencia a los Tribunales caribeños cuando el incapaz resida habitualmente en Caribe.

El Proyecto incluye el foro general de la residencia habitual teniendo muy en cuenta el interés superior del menor y el principio de proximidad como criterios inspiradores de sus reglas de competencia judicial internacional. El concepto de "residencia habitual" utilizado deja claro que la presencia física no basta para considerar que existe residencia habitual del menor, que deberá determinarse sobre la base de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso: es preciso conjugar diversos factores para concluir si la presencia física es meramente temporal u ocasional o refleja, al contrario, la integración del menor en un entorno social y familiar: duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor en dicho Estado, la compra o alquiler de la vivienda por los padres o la solicitud de una vivienda social. Al contrario, el hecho de que los menores lleven una vida errante en un Estado durante un corto período de tiempo puede ser un indicio contrario. Si la determinación de la residencia habitual del menor en un Estado miembro no resulta posible, entonces la mera presencia física puede activar el foro de necesidad del art. 15 del Proyecto.

178. La letra iv) establece el régimen preferente para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales caribeños para los litigios que afecten a las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges y a las causas matrimoniales de divorcio. Se establecen tres foros de competencia alternativos. La competencia de los tribunales caribeños puede recaer, en primer lugar si ambos cónyuges poseen residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda; si no existe residencia habitual común al tiempo de presentar la demanda serán competentes cuando ambos cónyuges hayan tenido su última residencia habitual común en Caribe y el demandante continúe residiendo en Caribe al tiempo de la demanda; por último la competencia vendrá determinada cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad común caribeña.

Las reglas de competencia judicial internacional referidas, en particular las relativas a los procedimientos de separación y divorcio, plantean el problema de su ámbito de aplicación, más concretamente de la extensión de dicha competencia por accesoriedad a determinadas cuestiones habitualmente resueltas en dichos procedimientos: guarda de los hijos, alimentos, filiación. Tal posibilidad será analizada en cada uno de los sectores afectados. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que los tribunales caribeños utilizarán sus reglas de competencia judicial internacional con normalidad para revisar las medidas adoptadas en un procedimiento de separación o divorcio sustanciado en el extranjero. En estos casos, cabe inclinarse hacia un

reconocimiento "automático" o "probatorio" de la sentencia extranjera dictada en un procedimiento matrimonial, sin requerir su execuátur como condición previa para determinar su competencia revisora. Por otra parte, la incidencia en este tipo de procedimientos de las medidas conservatorias obliga a recordar la competencia de los tribunales caribeños de conformidad con lo previsto el art. 16 del Proyecto

179. A falta de convenios internacionales sobre esta cuestión, la competencia judicial internacional de los tribunales caribeños en materia de filiación y relaciones paternofiliales, con las salvedades expuestas en materia de protección de menores, se determina conforme a las reglas incluidas en el la letra v). Dicho apartado contiene dos foros especiales en materia de filiación. En primer lugar, cuando el hijo tenga su residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda y, en segundo término, cuando demandante sea caribeño y resida habitualmente en Caribe desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda. En cualquier caso, el foro especial concurre con los foros generales que justifican la competencia de los tribunales caribeños cuando el domicilio del demandado se encuentre en Caribe, o las partes se sometan expresa o tácitamente a los tribunales caribeños.

Igualmente dos foros de competencia de carácter subsidiario se contempla en la letra vi) respecto de la constitución de la adopción, en primer lugar que el adoptando resida habitualmente en Caribe o cuando adoptante y adoptando posean la común nacionalidad caribeña.

180. Por último, la letra vii) se refiere a los alimentos. El problema inicial con que se enfrenta la regulación de las obligaciones alimenticias en el ámbito internacional es el de la propia autonomía de la deuda alimenticia. Si se exceptúan los supuestos de alimentos entre parientes, incluidos los cónyuges convivientes o separados de hecho, susceptibles de conformar una categoría autónoma, las obligaciones alimenticias pueden derivar y conectarse directamente con instituciones jurídicas específicas, dotadas de su propio régimen legal: responsabilidad extracontractual, nulidad del matrimonio, separación, divorcio, tutela, contrato, legado sucesorio, etc. En estos casos, el principio de base apunta a una aplicación de las normas de DIPr referidas a las instituciones de las que trae causa la obligación alimenticia, de forma que deberán aplicarse los foros de competencia y las normas de conflicto referidas a los contratos, la responsabilidad extracontractual, las sucesiones, etc.

La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales caribeños en materia de alimentos está mediatizada, como acabamos de ver, por la naturaleza de la deuda alimenticia. La diversidad de títulos que puede justificar una deuda alimenticia abre la posibilidad de recurrir a las normas de competencia judicial internacional propias de ciertos sectores (contratos, responsabilidad extracontractual, sucesiones...) de los que la deuda alimenticia trae causa directa. Se trata, ahora, de determinar los criterios de competencia judicial internacional que operan respecto de aquellas reclamaciones de prestaciones basadas en un fundamento alimenticio, concretamente las reclamaciones de alimentos fundadas en una relación de parentesco o conyugal. El Proyecto establece al efecto dos foros de competencia de carácter subsidiario, en primer lugar, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio caribeño y, en segundo lugar, cuando la acción

alimenticia se plantee dentro de un procedimiento relativo al estado civil para el que los tribunales caribeños posean competencia.

- Art. 14. Derecho patrimonial. 1. En defecto de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales caribeños serán competentes en las siguientes materias:
- i) obligaciones contractuales, cuando estas han nacido o deban cumplirse en Caribe;
- ii) obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido o pudiere producirse en territorio caribeño o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en Caribe; también serán competentes los tribunales caribeños que resulten competentes en materia penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil por daños derivados del ilícito penal;
- iii) litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento comercial, cuando éstos se encuentren en territorio caribeño;
- iv) contratos celebrados por consumidores, cuando el consumidor tenga su domicilio en Caribe y la otra parte ejerciere actividades profesionales en Caribe, o por cualquier medio hubiere dirigido su actividad comercial hacia Caribe y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. En otro caso, se aplicará la regla contenida en el apartado i);
- v) seguros, cuando el asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en Caribe; también podrá ser demandado el asegurador ante los tribunales caribeños si el hecho dañoso se produce en territorio caribeño y se trata de un contrato de seguro de responsabilidad civil o referido a bienes inmuebles o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Juzgados o tribunales caribeños fueran competentes para conocer de la acción de la víctima contra el asegurado en virtud del apartado ii).
- vi) acciones relativas a bienes muebles, si estos se encuentran en territorio caribeño al tiempo de la demanda;
- vii) sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio caribeño o posea bienes inmuebles en Caribe.
- 2. En los contratos de trabajo, los empleadores podrán ser demandados ante los tribunales caribeños si el trabajo se desempeñare habitualmente en Caribe; o, en caso de que el trabajo no se desempeñase habitualmente en un único Estado, si el establecimiento que hubiese empleado al trabajador estuviere situado en Caribe.
- **181.**La concisa enumeración de los foros especiales por razón de la materia que contiene este precepto en materia patrimonial, que es continuación de la incluida en

el **art. 13** en materia no patrimonial, y con la salvedad de la competencia de los tribunales caribeños para adoptar medidas conservativas o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se encuentren en territorio caribeño y deban cumplirse en Caribe (**art. 16**), agota el volumen de competencia judicial internacional de los Tribunales caribeños<sup>278</sup>. El alcance de estos foros especiales explica que la estructura interna de competencia judicial internacional de la Ley Modelo se inspira claramente en un principio de proximidad razonable. Los foros aludidos reflejan una competencia adecuada, aceptable y justificada de los tribunales caribeños, que sólo resulta modulada en aquellos foros que, por tratarse de foros de protección, exigen una respuesta específica, a menudo más restrictiva.

**182.**La letra i) relativa a las obligaciones contractuales contiene dos foros especiales que justifican la competencia de los Tribunales caribeños en materia de obligaciones contractuales: el forum executionisy el forum celebrationis. El carácter unilateral de las normas de competencia judicial internacional del Proyecto aconseja una interpretación extensiva del sentido de los foros previstos en la letra i), que evite situaciones claudicantes de indefensión o non liquet, poco compatibles con el principio de tutela judicial efectiva. Por esta razón, procede entender celebrado el contrato entre ausentes no sólo cuando la oferta tiene lugar en Caribe, sino también cuando haya tenido lugar en territorio caribeño algunos de los elementos esenciales de la formación del contrato (también la aceptación). El apartado que se comenta, se refiere, en primer término, al lugar de cumplimiento de la obligación en Caribe; aparentemente, la interpretación de este criterio podría ser similar a la del foro previsto en el art. 5.1° del Reglamento Bruselas I<sup>279</sup>, en el sentido de entenderlo referido a la obligación que sirve de base a la demanda; sin embargo, el sentido de aquel Reglamento no puede mediatizar la interpretación de una norma producto del legislador estatal, máxime si se tiene en cuenta que la adición del foro de celebración del contrato es buena prueba de una diferencia de criterio notable. Del mismo modo, en segundo lugar, aunque literalmente el precepto parezca referirse a Caribe como lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, una interpretación más amplia haría posible la presentación de la demanda cuando Caribe fuere el lugar de ejecución de la obligación característica del contrato, aunque la demanda se refiera a la obligación de pago.

183. Al margen de las soluciones que contienen los convenios internacionales, la letra ii) contempla al respecto dos foros especiales, alternativos a los foros generales de los arts 10 y 11: el primero no es otro que el *forum delicti commissi*, cuyos problemas interpretativos aún no se han suscitado ante los órganos jurisdiccionales caribeños. El segundo es la residencia habitual común en Caribe del autor del daño y de la víctima, que tiende a ser devorado por el foro del domicilio del demandado. Estos foros se aplican de manera general para todos los casos de responsabilidad civil extracontractual, desde los derivados de los accidentes de circulación por carretera hasta los que son consecuencia directa de un daño ambien-

<sup>&</sup>lt;sup>278</sup> CONC.: Art. 22.3° LOPJ (España); art. 13Proyectodominicano; Reglamento Bruselas I bis.

<sup>&</sup>lt;sup>279</sup> Art. 7.1° letra a) Reglamento (UE) nº 1215/2012 de 12 diciembre 2012 (Reglamento Bruselas I bis)

tal. La gran mayoría de los casos de responsabilidad extracontractual no presentan dificultades al momento de determinar el lugar donde se ha producido o pudiere producirse el hecho dañoso, pues aun cuando la relación extracontractual internacional se caracteriza por tener los elementos del ilícito potencialmente ubicados en distintos Estados, la determinación del lugar del hecho dañoso representa, por regla general, una realidad constatable y acreditable; es decir, es un dato fáctico y reconocible que señala casi inmediatamente el lugar donde se encuentran ubicados los intereses, los bienes y las personas afectadas. Desde esta perspectiva, la identificación del tribunal con competencia judicial civil internacional no debiera significar ningún problema. Sin embargo, existen casos en los cuales el lugar del daño está plurilocalizado; esto es, el lugar del hecho generador y el lugar donde se manifiestan las consecuencias se encuentran disociadas espacialmente en más de un Estado<sup>280</sup>. El mismo hecho generador puede haber producido distintos hechos dañosos que se extienden a diversos Estados, en los cuales se han manifestado sus consecuencias, por eso la competencia recae no sólo en el tribunal del lugar donde se haya producido el hecho dañoso, sino también donde "pudiera producirse"; con ello se despejan las dudas existentes acerca de la aplicación de dicho precepto en los supuestos de acciones preventivas cuyo objeto es la adopción de medidas cautelares, de cesación o paliativas para evitar o minorar el daño en supuestos de riesgo.

Se añade un foro específico en materia responsabilidad civil por daños derivados del ilícito penal disponiendo que también serán competentes los tribunales caribeños que resulten competentes en materia penal para pronunciarse esta cuestión".

**184.** Al margen del foro de competencia exclusiva en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de una sociedadque tenga su domicilio en territorio caribeño, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos cuando éstos afecten a su existencia *erga omnes* y a sus normas de funcionamiento, que se incluye en el **art. 9**, también resulta habitual establecer que será competente el tribunal del domicilio del demandado a partir del foro general del **art. 10**. Bien entendido que la determinación del domicilio de la sociedad se enfrenta a las dificultades inherentes a la diversidad de modelos existentes en el DIPr de sociedades.

Sentado que una sociedad puede ser demandada en el lugar en el que se encuentra su domicilio, este domicilio, a su vez, se entenderá situado tanto en el lugar donde se encuentra el domicilio estatutario, donde se ubica su administración central, o en el lugar donde radica su centro de actividad principal. Sin embargo, las sociedades pueden establecerse en países diferentes al de su constitución por medio de sucursales. A partir de aquí, en los casos en los que una sociedad opere a través de sucursales situadas en países en los que no se encuentra ni su domicilio estatutario ni su administración central ni su centro principal de actividad resultará que no podría ser demandada sobre la base del foro general del domicilio del demandado allá donde se encuentre la sucursal. Este resultado no es adecuado, pues quien contrata con la sociedad puede tener la lógica expectativa de poder

<sup>&</sup>lt;sup>280</sup> M. Requejo Isidro, "Incertidumbre sobre la materia delictual en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: método de delimitación y determinación del tribunal competente", *La Ley (Unión Europea)*, nº 5709, 21-1-2003, pp. 6-9.

recurrir al foro del lugar en el que se encuentra establecido aquél con quien contrata, en este caso, a través de una sucursal. Esta circunstancia ha sido prevista habilitándose un foro específico para los contratos que la sociedad realice a través de una sucursal. De esta forma, las sociedades que tengan su sede estatutaria, su administración central o su principal centro de actividad en un Estado podrán ser demandadas en otro Estado de Caribe en el que tengan una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en relación a las actividades de dicho establecimiento. Se facilita de esta forma al demandante un "foro de ataque" puesto que podrá elegir por demandar a la sociedad en el Estado de su domicilio o en el lugar en el que se encuentre la sucursal a través de la cual se contrató. Esta es la función del inciso iii) del presente precepto, claramente inspirado en la solución contenida en el Reglamento Bruselas I, al determinar que los tribunales caribeños serán competentes en los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento comercial, cuando éstos se encuentren su territorio.

**185.** La letra iv) contiene unos foros especiales claramente inspirados en la reglamentación del Convenio de Bruselas de 1968 y actual Reglamento Bruselas I<sup>281</sup>. Así se establece la competencia de los tribunales caribeños cuando el domicilio del consumidor se encuentre en Caribe, si se trata de contratos de ventas a plazos de bienes muebles o préstamos de financiación de estas operaciones. Sin embargo, también se prevé la competencia de los tribunales caribeños, para otros contratos de consumo de bienes muebles y servicios, "cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en Caribe o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio caribeño los actos necesarios para la celebración del contrato". Resulta muy discutible la concurrencia del foro especial con el foro general de la sumisión expresa previsto en el art. 10. Si se considera que la norma que ahora se comenta establece una serie de foros de protección, inspirados muchas veces en preceptos constitucionales, la admisión sin límites de dicha autonomía vacía de todo contenido la protección intentada. De ahí que deba interpretarse que el foro especial sólo concurre normalmente con el foro general del domicilio del demandado, pero no así con los acuerdos de elección de fuero, a menos que se consideren en beneficio exclusivamente del consumidor.

186. La configuración del contrato de seguro y sus múltiples variantes se ha convertido en una de las preocupaciones esenciales del Derecho de los contratos incentivada por la complejidad de la figura tanto en el ramo del seguro de vida como en el ámbito de los seguros distintos al de vida. La competencia judicial internacional en materia de seguros que se incluye en el apartado v) al igual que en el caso de los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo está inspirada en la protección de la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las norma general del apartado ii). En es-

<sup>&</sup>lt;sup>281</sup> G.A.L. Droz y H. Gaudemet Tallon, "La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *Rev. crit. dr. int. pr.*,2001 pp. 601 *et seq.* 

tos casos, la autonomía de las partes de un contrato está limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el **art. 9**. El apartado que ahora se comenta también está inspirado en las previsiones de la Sección 3ª del Capítulo II del Reglamento Bruselas I.

La protección se traduce en que mientras que el asegurador solamente puede demandar al asegurado, tomador o beneficiario en el domicilio del demandado dicho asegurado tomador o beneficiario podrá demandar al asegurador tanto en el domicilio de este último, en tanto que domicilio del demandado (art. 11) como en los tribunales del domicilio del demandante. El precepto abre, pues, una pluralidad de foros posibles contra el asegurador por parte del asegurado, tomador o beneficiario que también podrán ser utilizados por el perjudicado cuando éste ejercite la acción directa contra el asegurador, siempre que la acción directa sea posible<sup>282</sup>.

187. El apartado vi) sí se contempla un foro especial, que atribuye competencia a los tribunales caribeños en las acciones relativas a bienes muebles, cuando estos se encuentran en Caribe al tiempo de la demanda. La existencia de este foro especial resulta muy aconsejable pues el domicilio del demandado no tiene por qué coincidir con el lugar donde esté el bien mueble. Este foro especial aporta un foro de ataque concurrente muy útil, en la medida en que, de un lado, refleja una proximidad razonable del litigio con el *forum rei sitae* y, sobre todo, en segundo lugar, porque resulta especialmente eficiente en términos económicos. Debe señalarse, además, que las acciones reales mobiliarias no son ni mucho menos raras, pues el ejercicio de acciones reivindicatorias, tercerías de dominio y separación, o de mejor derecho, son muy frecuentes en el comercio internacional en el ámbito de los derechos reales de garantía sobre mercancías.

188. La importancia del foro previsto en el apartado vii) es que no está previsto enninguna norma de origen convencional. Junto a los foros generales del domicilio del demandado y de la sumisión expresa o tácita (arts. 10 y 11) se insertan aquí dos foros especiales, que responden en esencia a una misma idea (el *forum patrimonii*): el último domicilio del causante en territorio caribeño, o la existencia de bienes inmuebles en Caribe. El último domicilio del causante en Caribe es un foro razonable, en la medida en que designa, presuntamente, la ubicación del patrimonio del deudor, así como un lugar posiblemente relevante acerca de los actos de última voluntad. Dicho foro favorece un buen desarrollo del proceso, la obtención de pruebas, la ejecución de la decisión y de las medidas cautelares y la administración del caudal relicto. Respecto al foro relativo a la existencia de bienes inmuebles en Caribe, la fuerza atractiva de la propiedad inmobiliaria no parece razonablemente justificada.

**189.** El párrafo 2º está inspirado en el Reglamento Bruselas I que ordenó y sistematizó las disposiciones relativas a la competencia judicial en materia de contratos de trabajo. Esta consideración autónoma, a renglón seguido de los contratos de

<sup>&</sup>lt;sup>282</sup>Vid. V. Fuentes Camacho, Los contratos de seguro y el DIPr en la Unión Europea, Madrid, Civitas, 1999.

consumo, se acomodaba mejor a la especialidad de estos contratos, y respondía a una estructura que ya estaba presente en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Los foros de competencia judicial internacional que incluye este precepto son bastante más generosos: junto a la circunstancia de que la prestación laboral se haya realizado en Caribe, o el domicilio del demandado se sitúe en este país —en un sentido muy amplio para el empresario—, el precepto retiene otros criterios de competencia: los empleadores podrán ser demandados ante los tribunales caribeños si el trabajo se desempeñare habitualmente en Caribe o, en caso de que el trabajo no se desempeñase habitualmente en un único Estado, si el establecimiento que hubiese empleado al trabajador estuviere situado en Caribe.

- Art. 15. Forum necessitatis.1. Los tribunales caribeños son competentes cuando es demostrado que el litigio presenta une vinculación a Caribe hasta el punto que puede ser útilmente tratado en ellos y
  - i) un juicio en país extranjero es de jure o de facto imposible, o
- ii) el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en el caso resulta denegada en Caribe.
- 2. Cuando el demandante esté domiciliado en Caribe o tenga la nacionalidad caribeña, se considera cumplido el criterio de vinculación útil.
- 190. Délimitant le champ de la juridiction caribéenne, la loi modèle par son article 6 consacre le principe d'une juridiction universelle quant aux personnes (vid. supra, art. 6. 1 et comm. §2). Les dispositions suivantes organisent l'exercice de cette juridiction universelle en fixant les compétences des tribunaux caribéens, ce qui a pour effet de soustraire à la connaissance de ceux—ci une immense part du contentieux international en matière civile et commerciale pour n'y soumettre que les affaires présentant un lien significatif avec la Caraïbe.
- 191. Cette autolimitation est aussi raisonnable que légitime. Comme dans tous les Etats modernes de type démocratique, le service public de la justice est institué par les membres du corps social en contrepartie de l'abandon réciproque de la libre pratique de la justice privée, avec cette précision que les différends seront tranchés par un tiers impartial selon une procédure réglée et d'après des normes substantielles prédéterminées. Ce pacte est consenti entre ceux et pour ceux qui y souscrivent dans la vue d'établir et maintenir l'ordre et la paix civile ; il ne lie que ceux qui participent à la vie collective dont il s'efforce d'assurer l'harmonie, de sorte que la justice publique dont l'Etat est débiteur en Caraïbe a pour premiers créanciers ceux qui contribuent à l'animation cet espace social. Les règles de compétence internationale tracent alors les frontières de cette vie sociale, à l'intérieur desquelles doivent si situer les rapports d'intérêt privé litigieux que les tribunaux locaux ont mission d'apaiser. Aussi bien, les intérêts privés qui ne se localisent pas dans le péri-

mètre de cette vie sociale restent hors de la compétence de ses tribunaux. Toutefois cette conception ne peut être portée à l'absolu. L'insertion des intérêts privés dans la vie sociale du for est souvent relative et les règles de compétence fixent le niveau d'intensité que cette insertion doit atteindre pour justifier l'accès aux tribunaux. Mais comme chaque Etat détermine unilatéralement ce niveau, il n'est pas exclu que par le fait de cette incoordination certains intérêts engagés trop modérément dans l'échange social caribéen ne puissent pas y trouver de juge sans que non plusailleurs un tribunal leur soit ouvert. C'est dans ce cas précis que l'affirmation de principe de la juridiction universelle prend un relief particulier. Cette affirmation procède de l'idée agitant le compendium des droits de l'homme selon laquelle, par nature, l'individu a droit à la protection juridictionnelle effective de ses intérêts. La loi modèle a choisi d'y adhérer<sup>283</sup>.

192. De cette adhésion, il résulte que les litiges juridictionnellement orphelins seront néanmoins accueillis par les tribunaux caribéens pourvu que la protection juridictionnelle effective ainsi promise puisse se réaliser concrètement à l'intérieur de l'ordre juridique de Caraïbe. C'est ce qu'exprime d'abord le paragraphe 1<sup>er</sup>de l'article 15, lorsqu'il exige, d'une part, un lien tel que le différend puisse être utilement traité par la juridiction caribéenne, c'est-à-dire être l'objet d'une décision susceptible de développer ses effets, éventuellement d'exécution, au sein de la vie sociale locale et, d'autre part, que ce lien soit, dans le cas d'espèce, prouvé à la satisfaction du juge. L'élargissement exceptionnel de la compétence caribéenne requiert une appréciation *in concreto* de son opportunité.

Toutefois, cette orientation délibérément casuistique et partant restrictive est tempérée par l'article 15 §2, qui sur la base de la nationalité caribéenne ou du domicile caribéen du demandeur présume que le litige s'inscrit suffisamment dans l'ordre juridique de Caraïbe pour être confié à ses juges à défaut de compétences étrangères. Fondé sur le domicile, le forum actoris n'est qu'une reconnaissance abstraite du rapport entre le conflit d'intérêts à résoudre et l'ordre juridique caribéen et, s'il institue un privilège, celui-ci est acceptable dès lors qu'il n'est octroyé que sous le couvert du droit à une protection juridictionnelle effective, dont l'exercice n'est pas, à défaut de tribunaux disponibles à l'étranger, nécessairement préjudiciable au défendeur. Quant au du critère de la nationalité, sa revitalisation n'est sans doute pas pleinement compatible avec l'article 6 en tant qu'elle ranime l'opposition entre le citoyen et l'étranger sur le plan juridictionnel, mais est-il légitime de retirer à la notion de nationalité la dimension d'appartenance à la population constitutive de l'Etat qu'elle associe normalement à la dimension d'allégeance aux pouvoirs constitués de l'Etat ? La loi modèle suggère une réponse négative. Il appartiendra à chaque Etat adoptant la loi modèle de nuancer ou même refuser cette solution.

<sup>&</sup>lt;sup>283</sup>CONC: Art. 3 Ley DIPr suiza; art. 65, al. 1, lit. d) Código proc. civ. portugués, art. 65, al. 1, lit. d); art. 3136 Cc de Québec; art. 6 Codigo proc. civ. holandés; art. 11 Código DIPr belgar; art. 1069 Código proc. civ. rumano; art. 19 Proyecto argentino; art. 110 Proyecto boliviano; art. 7 Proyecto colombiano; art. 14 Proyecto dominicano; art. 156 Proyecto mexicano, art; 156; art. 56.8° Proyecto uruguayo.

193. L'élargissement exceptionnel de la compétence caribéenne exige aussi une appréciation de sa nécessité. Le paragraphe 1er mesure cette nécessité par référence à deux hypothèses. La première souligne le caractère aussi secourable que subsidiaire du forum necessitatis; elle est celle de l'impossibilité où se trouvent les parties d'introduire et de conduire une procédure devant les tribunaux étrangers. Il est précisé que cette impossibilité peut naître aussi bien d'obstacles de droit que d'obstacles de fait. Obstacles de droit, d'abord, lorsque se dessine la figure du conflit négatif de juridiction : comme la Caraïbe, les Etats étrangers, au contact desquels évolue le rapport litigieux, maintiennent closes les portes de leurs tribunaux par application de leurs règles de compétence ; si la preuve est rapportée d'une pareille impasse, le différend qui peut être utilement traité par les tribunaux caribéens le sera. Obstacles de fait, ensuite, lorsqu'il sera déraisonnable de soumettre les parties au risque de circonstances excessivement dangereuses et nourrissant contre le déplacement vers le juge étranger certains des ferments de la force majeure(état de belligérance, guerre civile, discriminations, onérosité excessive du procès); appuyée au droit au procès équitable, une doctrine propose d'enrichir la notion d'obstacle de fait en y incorporant un jugement de valeur sur la qualité du travail juridictionnel habituellement produit par le tribunal étranger<sup>284</sup>. Enrichi ou non, l'obstacle de fait comme l'obstacle de droit devra être prouvé par le demandeur.

194. La seconde référence est l'hypothèse où il est établi que la reconnaissance du jugement qui pourrait être rendu à l'étranger sera refusée an Caraïbe. La preuve du refus de reconnaissance est évidemment rapportée lorsque celui-ci a été opposé par le juge caribéen à une demande principale ou incidente tendant à faire déclarer la régularité internationale de la décision étrangère; dans ce cas, l'affaire pourra être jugée à nouveau en Caraïbe mais seulement, quoique l'article 15 ne le précise pas, s'il est vérifié qu'aucun autre juge étranger n'est disponible. La preuve du refus est plus délicate lorsque le refus de reconnaissance est allégué alors que sa perspective dissuade le demandeur de s'adresser au juge étranger ; les caractéristiques qui déterminent au regard du droit caribéen la régularité internationale de la décision étrangère, toute hypothétique, ne sont pas d'ores et déjà acquises et il serait alors à craindre qu'il faille se contenter d'une irrégularité purement conjecturale. Mais, en réalité, certains éléments, telle l'incompétence indirecte de l'éventuel tribunal étranger, sont accessibles avant que ne soit engagée l'hypothétique procès et ils pourront se prêter à la preuve et donc fonder le pronostic de non reconnaissabilité. C'est sans doute cette particularité qui explique que cette hypothèse soit distinguée dans l'article 15, car pour le reste elle ne propose qu'une application spécifique de la solution qui se dégage de la première hypothèse (générique).

<sup>&</sup>lt;sup>284</sup> V. Retornaz et B. Volders, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, p. 225 ; L. Corbion, *Le déni de justice en droit international privé*, Puam, 2004.

Art. 16. *Medidas conservatorias*. Los tribunales caribeños serán competentes cuando se trate de adoptar medidas conservatorias respecto

- i) de personas o bienes que se encuentren en territorio caribeño y deban cumplirse en Caribe;
  - ii) de situaciones litigiosas que correspondan al ámbito de su competencia.

195. Il convenait d'établir une règle de compétence particulière pour les mesures provisoires et conservatoires par lesquelles l'autorité judiciaire sécurise la situation des parties pour prévenir toute manœuvre qui tendrait à altérer la configuration ou à fausser l'instruction de la cause et à compromettre la réalisation effective de la décision tranchant au fond le différend. En principe, ces mesures sont du ressort du tribunal saisi au fond du litige, qui dispose à leur égard d'une compétence prééminente. Cependant, il peut arriver que la procédure devant ce tribunal ne soit pas encore engagée ou encore que celui-ci ne soit pas en pratique le mieux placé pour ordonner de telles mesures, parce que par exemple elles doivent s'appliquer à des personnes ou à des biens qui se trouvent hors de portée. Ces circonstances ne doivent pourtant pas priver les plaideurs de leur droit à une protection juridictionnelle effective qui comprend le droit à une protection juridictionnelle temporaire conservant leurs droits respectifs jusqu'au dénouement du conflit d'intérêts qui les oppose. Il est alors nécessaire de ménager la coopération et d'autoriser la saisine des autorités judiciaires qui sont à pied d'œuvre. C'est à cette exigence que répond l'article 16 lorsqu'il définit la compétence des tribunaux caribéens<sup>285</sup>. Cette disposition associe très classiquement la compétence au provisoire à la compétence au principal de sorte que les mesures pourront toujours être prises par le juge caribéen dont la saisine s'est fondée sur un des chefs de compétence prévus dans le chapitre II de ce titre II de la loi modèle. Mais concurremment à cette habilitation, l'article 16 en confère une autre au juge caribéen lorsque celui-ci se trouve être le juge utile parce que les personnes ou les biens sur lesquels la mesure doit s'exécuter se situent dans son ressort, c'est-à-dire sur le territoire de Caraïbe.

196. Dès lors qu'en principe le pouvoir de juger – tant au fond qu'au provisoire – s'exerce selon les règles de l'Etat qui le confère, les mesures pouvant être obtenues des tribunaux caribéens sont celles qu'organise le droit judiciaire privé de Caraïbe. Mais, de teneur identique, elles n'auront pas toutes la même portée. En effet, celles qui sont demandées au juge utile parce devant s'exécuter sur des personnes ou des biens se trouvant sur le territoire caribéen auront, selon le fondement de la compétence ancillaire en vertu des laquelle elles sont ordonnées, une efficacitélimitée au territoire. En revanche, celles qui sont prononcées par le juge caribéen compétent au fond auront, comme la décision au fond qu'il est habilité à prononcer, vocation à être reconnues et, le cas échéant, exécutées hors du territoire.

<sup>&</sup>lt;sup>285</sup>CONC.: Art. 10 Ley DIPr suiza; art. 10 Ley DIPr italiana; art. 22.5° LOPJ (España); art. 43 Ley DIPr venezolana; art. 1074 Código de proc. civ. rumano; art. 111 Proyecto boliviano; art. 20 Proyecto argentino; art. 15 Proyecto dominicano; art. 56.9ª Proyecto uruguayo.

- Art. 17. Incompetencia de los tribunales caribeños. 1. No serán competentes los tribunales caribeños en aquellos casos en que las disposiciones de la presente ley o de los tratados internacionales de los que Caribe sea parte no les atribuyen competencia.
- 2. En caso de incomparecencia del demandado la excepción de incompetencia debe ser alegada antes de cualquier alegación en cuanto al fondo, so pena de que sea declarada inadmisible.
- 3. En caso de incomparecencia del demandado, los tribunales caribeños dedebe declararse incompetentes.
- 4. Los tribunales caribeños se declaran de oficio incompetentes cuando se lleva ante ellos una demanda para la cual los tribunales de otro Estado que haya adoptado la presente ley son exclusivamente competentes en virtud del art. 8.
- 197. Même s'il n'est pas indispensable, le rappel d'un principe est rarement dommageable et il peut même en soutenir utilement la fermeté au moment d'annoncer des modalités d'application susceptibles de tempérer la rigueur des syllogismes dont il pourrait être la majeure. C'est sans doute ce qui explique que le premier paragraphe de l'article 17 n'hésite pas à énoncer que les tribunaux caribéens ne sont pas compétents sur les affaires qui ne leur sont pas dévolues par les règles de compétence légales ou conventionnelles<sup>286</sup>. Un esprit logique s'inclineraitsans réserve devant pareille proposition et en conclurait que lesdits tribunaux caribéens s'abstiendront de connaître des procès qui n'entrent dans le champ d'aucune des dispositions régissant leur compétence internationale. Un esprit juridique ne méprisera pas cette inférence, mais il sera porté à l'amender par la prise en compte des démarches pratiques
- 198. La première hypothèse envisagée relativise le principe énoncé. Elle vise le défendeur qui comparaît au tribunal pour y développer ses défenses au fond sans avoir au préalable protesté contre le défaut de compétence internationale. Il y a là une transposition de la règle assez largement répandue dans le droit judiciaire privé comparé qui exprime un souci d'économie procédurale en s'efforçant d'empêcher que, dans le cas où la compétence est douteuse ou contestable, un débat au fond ne s'engage immédiatement et ne soit poussé trop loin avant que soit constatée son illégitimité et, partant, sa vanité. Il faut donc que l'exception d'incompétence soit soulevée *in limine litis*, « simultanément avec les autresexceptions de procédure et avant toute défense au fond ou fin de non recevoir », selon les termes de l'article 74 du code de procédure civile français. La solution peut s'analyser comme une prorogation légale de compétence résultant de l'irrecevabilité fondée sur la tardiveté de l'exception d'incompétence et tendant à ménager la force de travail des mem-

<sup>&</sup>lt;sup>286</sup> CONC. : Art. 11 Loi n. 218, art. 57 ; Loi vénézuélienne du 6 août 1998 ; art. 10 Loi tunisienne du 27 novembre 1998 ; art. 12 Código DIPr belga ; art. 1070 Código de procedimiento civil rumano ; art. 147 Proyecto mexicano ; art. 15, *ult. al.* Proyecto panameño.

bres du tribunal. Mais elle peut aussi s'analyser en une prorogation volontaire tacite, puisqu'en présentant ses moyens de fond, le défendeur accepte le débat auquel l'invite le demandeur. Cette dernière interprétation commande de limiter la solution aux procès dont l'objet autorise la prorogation volontaire, c'est-à-dire aux procès où se débattent des intérêts dont les parties ont la libre disposition<sup>287</sup> (vid. supra, art. 10 et comm. §2); cependant, elle paraît peu compatible avec le dernier alinéa de l'article 10 §3 énonçant que la convention d'élection de for satisfait à la condition de l'écrit lorsqu'elle est consignée dans un échange d'écritures en demande et en défense en cours de procès qui révèle que l'une des parties allègue l'existence d'un accord que l'autre ne conteste pas mais au contraire exécute. C'est là une règle qui met en œuvre une conception restrictive de l'accord tacite dont tout l'effet utile serait ruiné par l'admission d'une prorogation procédant du simple silence des comparants. Cette observation n'autorise pas à conclure que la condition relative au moment de présentation de l'exception d'incompétence vaut en toute matière y compris celle qui régirait des intérêts indisponibles, ce qui impliquerait que l'exception reste toujours à la discrétion du défendeur ; cette observation montre seulement que la loi modèle est muette sur le domaine matériel de cette condition requise lorsque le défendeur comparaît.

199. Dans le cas contraire où le défendeur ne comparaît pas, le paragraphe 3 de l'article 17 attribue au tribunal indûment saisi le pouvoir de se déclarer d'office incompétent. Ce pouvoir est indispensable à l'accomplissement du devoir qui aurait le même objet, mais rien dans cette disposition n'indique qu'un tel devoir incombe au juge, ni qu'il ne lui incombe pas. Seul est accordé au juge le moyen de relever sa propre incompétence, soit qu'une disposition spéciale de droit caribéen extérieure à la loi modèle le lui commande, soit que lui soit laissé la liberté d'apprécier l'opportunité de se dessaisir. Le système du Règlement Bruxelles I (art. 26) comme celui de la Ley de Enjuiciamiento Civil sont explicitement favorables à ce que soit exercée d'office la protection du défendeur non comparant dès lors que celui—ci a été régulièrement assigné.

**200.** Le dernier paragraphe de l'article 18 rejoint la position du Règlement Bruxelles I relative au cas où le procès porte sur une matière relevant des compétences exclusives de l'**article 9** et est déféré à un tribunal caribéen alors que l'élément de rattachement se réalise en territoire étranger. Si l'Etat étranger désigné par ce rattachement a adopté la loi modèle, le tribunal caribéen se déclare d'office incompétent au bénéfice de la juridiction la mieux placée pour connaître de la cause, selon ce qui a déjà été présenté sous la dénomination d'effet réflexe de l'exclusivité (*vid. supra*, art. **9 et comm. §4**)

<sup>&</sup>lt;sup>287</sup> Comp. Art. 36. 2. 3° LEC

- Art. 18. Forum non conveniens 1. Los tribunales caribeños pueden, a instancia del demandado, declinar su competencia en razón de hechos exteriores al territorio caribeño si:
- i) es útil recoger testimonios de personas que residen en el extranjero et que la recogida de esos testimonios en el extranjero o la comparecencia delos testigos ante el tribunal caribeño fuera excesivamente onerosa para una u otra de las partes; o
- ii) es útil que el juez proceda a verificaciones personales sobre hechos litigio
  - iii) cometidos en el extranjero.
- 2. Los tribunales caribeños declinan su competencia cuando la ley aplicable les supone poderes que no les confiere la ley caribeña y que habría que ejercer en el litigio del que se trate.
- 201. Apparue en droit international privé écossais au XIX<sup>e</sup> siècle avant de se diffuser largement au XX<sup>e</sup> siècle dans les ordres juridiques participant à la tradition de Common Law, l'exception de forum non conveniens<sup>288</sup> qui ne s'ajuste pas spontanément au système de compétence internationale cultivé par la tradition de Civil Law fait l'objet d'un accueil strictement mesuré par la loi modèle. Ce mécanisme qui tend à opérer un transfert du procès d'une juridiction nationale vers une juridiction étrangère repose sur la reconnaissance au juge saisi d'une marge d'appréciation quant à l'opportunité d'exercer sa compétence au regard des circonstances particulières du cas d'espèce; il opère comme une claused'exception lorsque la configuration abstraite du rapport litigieux place celui-ci sous l'empire d'un chef de compétence dont le fondement est malmené par quelque singularité de la cause. En pareil cas, le moyen tiré duforum non conveniens que le défendeur oppose au développement de la procédure tend à faire prédominer la conformité concrète sur la conformité abstraite et, partant, à conduire au dessaisissement du juge. Une caractéristique essentielle de l'exception réside dans le pouvoir discrétionnaire qu'elle concède au tribunal de réévaluer sa propre compétence. Sans doute, dans le droit anglais, ce pouvoir est-il encadré par l'énoncé d'une série de facteurs à prendre en considération avant de renvoyer les parties devant un tribunal plus approprié, de telle sorte que son caractère discrétionnaire affecte surtout la pondération de ces facteurs. Il n'y a rien d'arbitraire dans cette démarche qui doit rester guidée par l'objectif de bonne administration de la justice; cependant plus est riche le catalogue des facteurs à considérer, plus large est le pouvoir discrétionnaire. Il s'ensuit que la prévisibilité de la compétence internationale est affaiblie et, avec elle, la sécurité juridique.

<sup>&</sup>lt;sup>288</sup> A. Nuyts, *L'exception de* forum non conveniens. *Etude de droit international privé comparé*, Bruylant-LGDJ, 2003; C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2000

202. Sensible à cette considération, l'article 18 subordonne la recevabilité de l'exception à des conditions délibérément étroites <sup>289</sup>. La première de celles-ci n'est pas formulée de manière explicite dans le corps de la disposition, mais elle est impliquée par le titre qu'elle se donne :il faut qu'il existe à l'étranger un tribunal disponible auquel transférer l'affaire ; il ne s'agit d'ailleurs pas de n'importe quel tribunal de n'importe quel pays qui se déclarerait compétent, mais du tribunal de l'Etat qui est dans un rapport de proximité suffisante avec les éléments de fait dont la connaissance est exigée en l'espèce par l'objectif de bonne administration de la justice. La seconde condition est en effet que l'accès du tribunal caribéen à des faits extérieurs au territoire du for soit si difficile que leur établissement en justice en soit compromis. Cette condition exclut la recevabilité de l'exception lorsque le juge caribéen a été saisi sur la base d'une compétence exclusive de l'article 9; d'abord, un des fondements de l'exclusivité est précisément la localisation des éléments pertinents de la situation litigieuse sur le territoire caribéen et, ensuite, son effet typique est de réputer, du point de vue caribéen, radicalement incompétent les tribunaux des autres Etats, de sorte que ceux-ci se trouvent dans l'impossibilité de rendre une décision susceptible d'être reconnue en Caraïbe.

203. Cette seconde condition se renferme en deux éventualités alternatives. Il se peut d'abord que l'instruction de la cause et spécialement la production en justice des faits pertinents extérieurs au territoire nécessitent le concours de témoins qui se trouvent eux-mêmes hors du territoire caribéen de sorte qu'il faudrait mettre en mouvement les lourdes et longues procédures de commissions rogatoires ou encore prendre en charge leur venue devant le tribunal; si ces solutions se révèlent excessivement onéreuses pour l'une ou l'autre des parties, le tribunal peut estimer opportun le transfert du procès vers une juridiction de proximité pourvu qu'il la juge apensuite que l'information du tribunal requiert propriée. Il se peut l'accomplissement de vérifications personnelles de ses membres ou de l'un d'eux et qu'un transport transfrontière sur les lieux soit juridiquement et matériellement inexécutable. En précisant ces deux éventualités, l'article 18 borne le champ de l'exception de forum non conveniens.

204. Il n'aurait pas été inconcevable d'élargir ce champ de l'exception en y incluant des hypothèses où, non pas la proximité géographique des faits pertinents, mais la proximité intellectuelle ou même technique fait défaut. Sans même évoquer la question de la connaissance du droit étranger,il peut arriver que le tribunal caribéen ne dispose pas des moyens de mise en œuvre de la loi étrangère applicable parce que celle—ci suppose l'exercice de pouvoirs qui ne lui sont pas attribués. La loi modèle n'a pas retenu cette éventualité ; le fait est d'une part que celle—ci sollicite plus directement le discernement et l'initiative du juge et pour cela n'entre pas franchement dans le cadre d'une exception offerte au défendeur et que, d'autre part, elle appelle plutôt un règlement sur le terrain du conflit de lois par voie d'adaptation ou par recours à la vocation générale subsidiaire de la *lex fori*, plutôt

<sup>&</sup>lt;sup>289</sup>CONC : Art. 7, *ult. al.* Projet colombien, art. 17 Projet dominicain ; art. 15 Proyecto panameño.

que sur celui de la compétence internationale. Au demeurant ce genre de difficulté le plus souvent se révèlera lors de l'examen de l'affaire au fond, à un moment où le travail du tribunal sera bien avancé – alors qu'au contraire les faits extérieurs au territoire apparaissent déjà dans l'assignation du demandeur – et il sera trop tard pour soulever l'exception de *forum non conveniens* qui, en s'invitant dans la procédure de tradition romano—canonique, y rejoint *in limine litis* l'exception d'incompétence.

Art. 19. Litispendencia. 1. Cuando con anterioridad a la presentación de la demanda ante la jurisdicción caribeño se hubiere formulado otra demanda entre las mismas partes, objeto y causa ante los tribunales de otro Estado, los tribunales caribeños suspenderán el procedimiento hasta tanto el tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera demanda decida sobre su competencia. Si el tribunal extranjero ante el que se formuló la primera demanda se declarase competente amparándose en un foro de competencia considerado como razonable por las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, el tribunal caribeño ante el que se hubiera presentado la segunda demanda declinará su competencia.

2. La excepción de litispendencia no se admite si la demanda se interpuso ante el tribunal caribeño en base a las disposiciones del art. 8. La excepción no se admite tampoco si la demanda se interpuso ante el tribunal caribeño en base a un acuerdo de elección de foro que es conforme al art. 9 y confiere exclusividad al foro elegido.

205.L'article 19 de la loi modèle consacre le principe de la recevabilité de l'exception de litispendance internationale : le juge caribéen doit tenir compte et éventuellement tirer conséquence de l'existence d'une procédure en cours à l'étranger antérieurement engagée sur le litige même dont il vient à être saisi<sup>290</sup>.Longtemps ce regard sur le fait judiciaire étranger et les conséquences y attachées n'ont été admis que dans le cadre du droit conventionnel ; certains traités bilatéraux, comme la convention franco–espagnole de 1969, ou multilatéraux, comme la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (art. 21, devenu art. 27 du Règlement Bruxelles I et, bientôt, art. 29 du Règlement refondu) prévoient cette forme de coopération qui consiste pour le tribunal d'un pays à renoncer à sa compétence et à faire confiance au tribunal d'un autre pays devant lequel le procès s'est préalablement engagé. La loi modèle n'est pas un traitéinternational ni un instrument communautaire. Diffusant auprès des Etats qui l'adoptent des valeurs communes, elle est cependant est un moyen d'uniformisation des systèmes juridiques et concourt ainsi à sa manière à établir l'harmonie internationale des solutions ; elle

<sup>&</sup>lt;sup>290</sup> CONC.: Art. 58 Ley DIPr venezolana; art. 18 Codigo DIPr panameño; art. 9 Ley DIPr suiza; art. 7 Ley DIPr italiana; art. 14 Código DIPr belga; art. 1075 Código de procedimiento civil rumano, art. 1075; art. 46 Proyecto argentino; art. 160 Proyecto mexicano; art. 18 Proyecto panameño; art. 57 Proyecto uruguayo; art. 10 Proyecto colombiano; art. 27 Reglamento Bruselas I.

est donc parfaitement dans son rôle lorsqu'elle propose un mécanisme destiné à résoudre les conflits de procédure, générateurs de conflits de décisions sur le plan international et à garantir ainsi qu'un même litige ne connaitra entre le pays concernés qu'une seule issue.

**206.** Cet « esprit de collaboration juridictionnelle » n'anime pas tous les systèmes nationaux de droit processuel civil international. Faut-il ici rappeler le silence de la Ley de Enjuiciamiento Civil ou l'hostilité déclarée du projet de « code modèle de droit international privé » élaboré par l'Academia Mexicana de Derecho internacional privado y comparado<sup>291</sup> (art. 160)? Cette posture peut sans doute se prévaloir d'arguments non méprisables, mais certainement pas totalement convaincants. L'objection majeure élevée contre la recevabilité de l'exception de litispendance est que ce moyen d'incompétence, non seulement met en doute la solidité du chef de compétence du tribunal second saisi, mais surtout expose à un abandon de souveraineté juridictionnelle. La souveraineté est assurément un élément qui mérite considération, mais l'Ecole Hollandaise, construisant au XVIIe siècle la notion de comitas, a montré que cet élément n'était pas incompatible avec la prise ne compte des réalités juridiques étrangères. En somme, l'idée de souveraineté juridictionnelle exige seulement ici qu'on puisse choisir librement de renoncer ou non à juger en l'état d'une procédure étrangère susceptible de produire une décision de qualité équivalente à celles que produit le for. Quant à la solidité des chefs de compétence, elle ne sera dans quelque mesure éprouvée par l'exception de litispendance que si celle-ci se résume en une exception de forum non conveniens ; le schéma étroit de forum non conveniens que retient la loi modèle ne l'ajuste pas à cette fonction, puisqu'il se déploie sur le seulplan territorial<sup>292</sup> alors que la litispendance se développe aussi sur le plan chronologique.

207. En revanche, il convient de rappeler qu'en empêchant un conflit de procédures de prospérer, l'exception de litispendance prévient un conflit de décisions. Pareil conflit peut être indifférent à un ordre juridique particulariste puisqu'il ne met pas en cause sa cohérence. Mais il est hautement préjudiciable aux parties elles-mêmes qui, après avoir supporté les coûts et délais de deux procès, vont se trouver face à deux décisions qui pourront être divergentes, voire contradictoires dans leurs dispositifs. Cette antinomie sur le plan international constitue un manquement au droit à une protection juridictionnelle effective puisque le litige deux fois jugé n'est pas réellement tranché, les parties étant soumises à des commandements différents selon le lieu et le moment, ce qui, éventuellement, au détriment de l'économie procédurale, les inciteraient respectivement à contrecarrer alternativement et indéfiniment dans un pays l'exécution obtenue à leur encontre dans l'autre. Aussi bien, pour conjurer ces atteintes à la bienfaisante unité et continuité de traitement juridique au travers des frontières, et tablant sur l'esprit de coopération juridictionnelle de la Caraïbe, l'article 19 opte à l'instar de nombre de législations modernes pour la recevabilité de l'exception de litispendance et même confie au juge

<sup>&</sup>lt;sup>291</sup> J.A Silva, "Una codificación jus internacional privatista para México...", *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 1221

<sup>&</sup>lt;sup>292</sup>Vid.supra,art.18.

le pouvoir de la relever d'office. En conséquence, il détermine le bien fondé et les conséquences de l'exception.

**208.** Les conditions de la litispendance internationale correspondent à la conception généralement répandue en droit international privé comparé. Elles se rapportent à la *chronologie des saisines* concurrentes et à l'identité de litige.

Sur le premier point, la situation se caractérise par l'existence de demandes successivement reçues par deux tribunaux relevant d'Etats différents dans le respect des règles de compétence. L'accueil de l'exception conduisant au dessaisissement du juge second saisi, il faut d'abord discerner l'ordre des saisines successives ; il y a là une exigence de datation pour laquelle la loi modèle ne semble exprimer aucune préférence particulière. Cette discrétion équivaut à un renvoi au droit de procédure de Caraïbe pour ce qui est de la demande portée devant le juge caribéen, lequel, à défaut d'indication spéciale, ne peut s'estimer saisi qu'au moment où les formalités prévues à cette fin par sa propre loi ont été satisfaites. Ce raisonnement, pour ce qui est de la demande soumise au juge étranger, ne s'impose pas avec la même évidence : incorporée au droit international privé caribéen, la disposition de l'article 19, plutôt que de s'en remettre à la loi de procédure du juge étranger, peut aussi bien se lire comme retenant la solution du droit auquel elle appartient désormais. Mais cette dernière interprétation présente la faiblesse de recomposer la réalité à la manière du droit caribéen, alors que d'après les vues du droit étranger la date de saisine serait différente ; il est difficile de négliger le droit étranger pour déterminer la date de la saisine du juge étranger comme, de manière plus générale, la régularité de celle-ci, puisqu'adressée au juge étranger une demande irrégulière de son point de vue ne peut effectivement ouvrir une procédure et engager sur la voie du conflit. Ainsi pour établir la chronologie des saisines comme la compétence des tribunaux impliqués, il conviendra de se référer au droit propre des Etats dont ils relèvent respectivement<sup>293</sup>.

209. Il faut ensuite, car c'est le cœur du problème, une *identité de litige*. L'article 19 caractérise celle–ci par la concurrence de deux demandes ayant le même objet, la même cause et promues par les mêmes parties. Ces conditions transposent aux demandes celles qui sont généralement exigées des décisions en matière d'autorité de chose jugée, ce qui se justifie par la perspective du conflit de décisions dans laquelle évolue l'exception de litispendance. L'expérience de la Cour de justice des Communautés européennes montre que cette triple identité peut donner lieu à des interprétations diverses qu'il est nécessaire de stabiliser dans un système commun de distribution des compétences. Sans entrer dans le détail des choix plutôt compréhensifs opéré par cette jurisprudence<sup>294</sup>, il est permis de souhaiter que l'application de l'article 19, tant par la Caraïbe que par les autres Etats adoptant la

<sup>&</sup>lt;sup>293</sup> Mais, il faut tenir compte aussi dans cette référence de ce que l'incompétence et telle ou telle déficience au regard de ce droit ne conduisent pas nécessairement au dessaisissement du juge ; c'est la dualité effective de procédures qui crée le problème.

<sup>&</sup>lt;sup>294</sup>Vid. H. Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe, 4° éd., 2010, n. 324 et s.

loi modèle, prendra en compte son origine internationale et la nécessité de son interprétation uniforme...

210. La combinaison de la chronologie des saisines et de la triple identité ouvre au juge caribéen lorsqu'il est saisi en second, la perspective d'un dessaisissement. Dessaisissement sans risque de déni de justice, puisque le procès se poursuit devant le juge premier saisi. Dessaisissement qui n'est pas immédiat, mais subordonnée à la vérification que la décision attendue de l'étranger a les meilleures chances d'être reconnue et efficace en Caraïbe. Le tribunal caribéen ne peut renoncer à l'exercice de sa compétence (qui n'est pas moins légitime que celle du juge étranger) que s'il est raisonnablement prévisible que le procès pour ainsi dire délégué au juge étranger parviendra à résoudre le différend entre les parties également au regard de l'ordre juridique de Caraïbe, puisque l'objectif de l'exception est précisément de garantir l'unité de décision. En conséquence, le juge prononcera un sursis à statuer pour affronter les difficultés d'un pronostic sur les qualités d'une décision attendue, mais non encore rendue. Pour rendre praticable l'appréciation du juge qui n'est pas en mesure de prononcer d'ores et déjà sur la contrariété à l'ordre public ni, à bref délai, sur la loyauté de l'assignation, il ne lui est demandé que de se fonder sur la compétence indirecte du juge étranger telle que la définit l'article 74, iii. et dont le respect ou la violation sont acquis. Le second paragraphe de l'article 19 prend soin de préciser que cette seule condition de compétence indirecte ne peut être satisfaite lorsque la saisine du juge caribéen correspond à une compétence exclusive, c'està-dire à une compétence de l'article 9 mais aussi à une compétence issue d'une prorogation de for de l'article 10 si les parties n'ont pas renoncé à l'exclusivité<sup>295</sup>.

211. S'il lui apparaît que la condition de compétence indirecte n'est pas remplie, le juge caribéen ordonne la reprise de l'instance et statue comme s'il n'y avait point de procédure concurrente puisqu'il est avéré que celle—ci ne peut déboucher sur une décision susceptible d'être reconnue en Caraïbe. En revanche, si la condition de compétence indirecte est vérifiée, le juge caribéen se dessaisit et le procès se poursuit devant le tribunal étranger, mais évidemment sans la garantie que la décision attendue sera régulière au regard des autres exigences de l'article 74 et s'il advenait que celle—ciprésente quelque déficience, il serait alors possible aux parties de renouveler le procès en Caraïbe.

Art. 20. Excepción de conexidad. Cuando dos demandas están ligadas entre sí por un vínculo tan estrecho que existe un interés en instruirlas y juzgarlas al mismo tiempo et si una es formulada ante un tribunal extranjero y la otra ante un tribunal caribeño, el tribunal caribeño puede, a instancia de una parte y toda vez que no se dé uno de los casos de competencia exclusiva previsto por los artículos 9 y 10, inhibirse a condición de que el tribunal extranjero sea

<sup>&</sup>lt;sup>295</sup> Cette dernière solution rejoint celle que refusait l'arrêt *Gasser*, CJUE 9 décembre 2003 (C-116/2) mais qu'imposera dès le 10 janvier 2015 le Règlement Bruxelles I refondu, art. 31.2.

competente para conocer de las demandas en cuestión y su ley permita que se juzguen juntas.

212. L'exception de connexité internationale concerne l'hypothèse où deux demandes distinctes sont soumises respectivement à deux tribunaux relevant d'Etats différents et où il apparaît que celles-ci sont en un rapport tel que leur réunion en un seul procès devant un seul tribunal préviendra par un traitement juridictionnel coordonné la production de décisions discordantes. Par exemple, il serait opportun de confier à un même juge la demande du mari qui agit en divorce devant le tribunal étranger de la dernière résidence de la famille qui est encore la sienne mais non plus celle de son épouse et la demande de celle-ci en contribution aux charges du mariage qu'elle a formée devant le juge caribéen de sa résidence habituelle : il serait fâcheux que le lien conjugal soit dissous d'un côté et la pension alimentaire soit accordée de l'autre, alors que celle-ci suppose le maintien du mariage. Dans ce cas de figure, l'affinité avec la litispendance est assez claire : il s'agit dans l'un et l'autre cas d'éviter que la dualité de procédures ne débouche sur des résultats dont la coexistence est rationnellement inacceptables; mais les différences n'en sont pas moins évidentes : la discordance de décisions n'est pas seulement la contradiction dont l'un des termes exclut l'autre, elle couvre également l'inconciliabilité ou l'incompatiblité dont l'un des termes ne s'ajuste pas à l'autre. Aussi les conditions comme les effets de la connexité ne sont-ils pas ceux de la litispendance.

213. Sans doute faut—il ici et là que deux procès soient effectivement engagés, l'un d'abord devant un tribunal étranger, l'autre ensuite devant un tribunal caribéen. Le mode de datation de la saisine est le même et il n'y a pas lieu d'apprécier la compétence directe autrement que d'après la loi de procédure de chaque Etat<sup>296</sup>. En revanche, il n'est pas exigé des demandes qu'elles aient la même cause ni le même objet, ni qu'elles soient promues par les mêmes parties. La définition de la connexité, recueillie du Règlement Bruxelles 1 (art. 28. 3) par la loi modèle, couvre le cas où les demandes distinctes, formées ou non par les mêmes personnes, se fondent sur des éléments de fait au moins partiellement communs sur la base desquels chacune émet une prétention différente, de sorte qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps de manière à aboutir à une évaluation homogène de la situation d'ensemble débouchant sur des solutions coordonnées.

214. Lorsqu'il en est ainsi, le juge caribéen peut se dessaisir ; la gravité de la situation de connexité étant moindre que celle de litispendance, il s'agit là d'un pouvoir qu'il n'exercera que sur demande de l'une des parties et dans des limitesprécises. Ainsi il ne lui est pas permis de se dessaisir lorsque sa propre compétence est exclusive au sens des articles 9 et 10, qui lui interdisent en effet d'y renoncer. Ainsi encore il devra constater que le juge étranger est, d'après ses propres règles de compétence, en mesure de joindre dans le même procès à l'affaire dont il a été saisi

-

<sup>&</sup>lt;sup>296</sup> CONC.: Art. 1076 Código de procedimiento civil rumano; art. 19 Proyecto panameño; art. 28 Reglamento de Bruselas I.

de son côté, celle qu'on se propose de lui transférer. Hors de ces limites le juge caribéen dispose d'une marge d'appréciation discrétionnaire qui le portera sans doute à vérifier d'autres paramètres ; il pourra ainsi, après s'être assuré que l'affaire est susceptible d'être traitée par le juge étranger, veiller à ce que son transfert ne prive pas les parties du second degré de juridiction (*vid.* Règlement Bruxelles I, art. 28.2°) ou encore examiner si la décision attendue sera susceptible de reconnaissance et d'exécution en Caraïbe.

Art. 21. Competencia interna. Cuando las jurisdicciones caribeñas son competentes en virtud de la presente ley, la competencia de atribución y la competencia territorial son, en caso de que sea necesario, determinadas por las disposiciones pertinentes del código de procedimiento civil.

En caso de haber disposiciones susceptibles de fundamentar la competencia territorial, ésta se determina por transposición de los foros de competencia internacional. Cuando esta transposición no permite determinar la competencia territorial, la demanda se interpone ante el tribunal elegido por el demandante en el respeto de las exigencias de buena administración de la justicia y de economía procesal.

215. Sur l'argument que les questions de compétence interne relèvent du droit de la procédure civile nationale, puisqu'elles concernent directement le fonctionnement de l'appareil judiciaire étatique et la répartition des tâches entre les organes de celui-ci, la loi modèle dédiée au droit international privé aurait pu ne pas s'y intéresser. Cependant si cette thèse peut être soutenue avec quelque raison, il reste que très généralement, les règles de compétence interne ont été édictées exclusivement en considération de rapports litigieux de droit privé ne présentant aucun caractère international. Et pendant longtemps a dominé une conception publiciste de la compétence internationale articulée sur les notions de juge naturel et de lien d'allégeance politique, pour laquelle la désignation par la règle de compétence d'une juridiction nationale s'entendait comme d'une dévolution de l'affaire s'effectuant au bénéfice de l'Etat globalement considéré dans sa qualité de souverain. De cette représentation, il résultait que l'assignation ultérieure de la cause à un tribunal parmi tous les autres où s'exerçait cette juridiction nationale, portait sur un rapport privéinternational converti en rapport interne. Aujourd'hui, cette doctrine est contrainte de faire une place toujours plus large à une conception plus privatiste où les règles de compétence judiciaire internationale sont guidées dans leurs choix par la considération des intérêts privés des plaideurs et l'idée d'un rapport de droitinternational pour ainsi dire naturalisé par la règle de compétence internationale connaît un for déclin. Le règlement de la question de compétence internationale n'efface pas l'internationalité; même si l'appréhension de la cause par la juridiction nationale atténue formellement ce caractère (puisque le rapport est voué à s'intégrer dans la machinerie de la justice étatique), matériellement celui-ci reste marqué (puisque le rapport est toujours aussi composite et plurilocalisé). C'est précisément cette résistance de l'internationalité qui justifie que la loi modèle s'aventure dans le champ de la compétence interne.

216. En vérité l'entreprise est conduite avec précaution<sup>297</sup>. Le premier alinéa de l'article 21 laisse opérer les règles de compétence interne, matérielle et territoriale, et rend ainsi hommage à la conception publiciste en supposant toutefois que ces règles peu attentives aux besoins des relations privées internationales, ne leur sont pas contraires. Ce n'est que pour le cas où les chefs de compétence interne se révèlent inefficaces que le second alinéa opte pour des solutions propres aux litiges de caractère international. Ceci peut advenir à propos de la compétence territoriale interne lorsque, par exemple, la juridiction caribéenne est fondée sur la nationalité des parties alors qu'aucune des deux n'a de domicile en Caraïbe ; il est alors prévu de remédier à cette carence de rattachement par une transposition ou adaptation de la règle de compétence internationale qui lui confierait, en prolongement de sa fonction « générale », une fonction « spéciale » de localisation à l'intérieur de l'organisation judiciaire caribéenne, laquelle pourrait ici conduire au tribunal de la résidence même épisodique des intéressés sur le territoire. Mais il pourra aussi se faire que cette méthode n'apporte pas de résultat, il conviendra en ce cas de suivre le choix du demandeur pourvu qu'il soit conforme aux exigences de bonne administration de la justice et d'économie procédurale; le juge saisi vérifiera par exemple que le demandeur s'appuyant sur une clause d'élection de for désignant généralement les tribunaux caribéens a choisi en s'adressant à lui un tribunal suffisamment proche des faits de la cause ou encore siégeant aulieu d'exécution nécessaire de la décision, ou tout simplement le plus commode pour les deux parties.

## TÍTULO III DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Capítulo Primero Normas reguladoras

> Sección Primera Persona

Art. 22. Goce y ejercicio de derechos. 1. El nacimiento y el fin de la personalidad jurídica se rige por el Derecho caribeño.

2. El ejercicio de los derechos civiles se rige por la ley del domicilio.

<sup>&</sup>lt;sup>297</sup>CONC.: Arts. 34 y 35 Ley DIPr suiza; art. 1071 Código proc. civ. rumano; art. 146 Proyecto mexicano; art. 20 Proyecto dominicano; art. 112 Proyecto boliviano; art. 20 Proyecto uruguayo.

217. El art. 22 regula en su primer párrafo la ley aplicable al nacimiento y el fin de la personalidad. La fortaleza de la ley personal en algunas familias del Derecho comparado venía haciendo que tales aspectos estuvieran regulados por dicha ley personal, fuese la que fuese, la nacionalidad o la del domicilio de la persona. Tal solución siempre planteó un cierto problema lógico y también práctico en relación con el nacimiento de la personalidad y otras cuestiones que han ido tradicionalmente de la mano de dicho nacimiento, como pudiera ser la de la protección jurídica de los derechos que pudieran corresponderle al concebido aún no nacido.

La pregunta real a la que responde esta norma es cuándo se considera un ser nacido y con personalidad jurídica. Las respuestas, como bien se sabe, no son uniformes en el Derecho comparado, encontrándonos con varias opciones posibles que podríamos resumir entre las que parten de la idea de vida humana, incluso antes del nacimiento, y las que parten de la idea de nacimiento. Dentro de las primeras, minoritarias, la clave en términos jurídicos es la determinación del momento de la concepción. Las segundas muestran variaciones importantes entre las que apelan a la mera vitalidad, al nacimiento completo del feto, las que exigen no sólo el desprendimiento completo del seno materno (con o sin ruptura del cordón umbilical) y las que, además, exigen un nacimiento que lleve aparejada la viabilidad en la supervivencia, una cierta autonomía vital que se proyecte sobre el futuro del nacimiento. Existen normas en las que se apela a un determinado y concreto tiempo de vida tras el nacimiento (24 horas, por ejemplo) e incluso -aunque esto no es más que residuos históricos no suficientemente actualizados- las que exigen una determinada forma humana, rechazando que las llamadas "figuras abortivas" puedan considerase personas nacidas.

En todo caso, la mera divergencia entre los ordenamientos, por pequeña que sea, exige la identificación de la ley aplicable: por ejemplo una mera diferencia entre exigir un plazo de vida independiente de 24 horas tras el nacimiento o no exigirlo ya plantea una *questio iuris* en el nacido con vida y con viabilidad que, sin embargo, muere dentro de esas primeras 24 horas.

- 218. Dado el marcado componente fáctico que todas estas posturas poseen y, en definitiva, la importante carga de orden público que asimismo tiene el tema capital de considerar o no a un ser vivo como persona y consiguientemente sujeto de derechos y obligaciones, la regla propuesta opta por una solución simple y unilateral, que no es otra que la aplicación de la propia ley. El concepto nuclear de persona y de capacidad jurídica se sustrae a cualquier paso por una legislación extranjera, sea la que sea.
- 219. Esta solución facilita asimismo los problemas lógicos y prácticos que otras alternativas podrían plantear, señaladamente el recurso a la ley de la nacionalidad y la del domicilio de la persona. Resulta obvio que plantearse el comienzo de la personalidad en función de la ley nacional de la persona conduce a un cierto círculo vicioso que ni siquiera puede llegar a romperse convenientemente haciendo la ficción de recurrir a la *hipotética ley nacional* y sólo si ésta considera que efectiva-

mente la personalidad ha nacido ratificarla y en caso contrario negarla. Lo mismo vale para el domicilio. En todo caso, preciso es reconocer que ambas posibilidades serían viables cuando de lo que se trata es de verificar el nacimiento de la personalidad de un ser *efectivamente* nacido. Mas en los supuestos que afectan al *conceptus* o al *concepturus* y que tienen una trascendencia jurídica en términos de derechos y obligaciones la solución de acudir a una cierta ley personal hipotéticano es práctica.

Efectivamente, preceptos como, por ejemplo, el art. 17 del Cc venezolano determina que "El feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien: y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo"; más aún se refiere no solo al nasciturus conceptus, sino también al concepturus, o aún no concebido, cuando, por ejemplo, dice su art 1.443 que "Los hijos por nacer de una persona determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido...". Obviamente, recurrir a una futura ley nacional o del domicilio es recurrir a un dato incierto: no se sabe cuál va a ser la ley nacional de conceptus o del concepturus hasta que no nace. En términos de nacionalidad no se sabe al cien por cien cuál será la nacionalidad de los padres en el momento del nacimiento (en caso de transmisión iure sanguinis) ni se sabe cuál será siquiera el lugar de nacimiento (en caso de transmisión iure soli). La ficción en el momento en que se haya de adoptar la medida —por ejemplo conservatoria de eventuales derechos— resulta compleja. Esperar al nacimiento, ineficiente.

La aplicación de la ley del foro es una solución simple y segura que, no obstante, debe ceder su plaza en estos últimos casos descritos a favor de la ley que resulte aplicable al fondo del derecho discutido: así, tratándose de derechos sucesorios, a favor de la ley rectora de la sucesión; tratándose, por ejemplo, de una donación en los términos del citado art.1443 del Cc venezolano, a favor de la ley rectora de la donación<sup>298</sup>.

**220.** Aunque el fin de la personalidad, que en la actualidad sólo puede aparejarse a la muerte física de la persona, sí podría disciplinarse sin problema técnico alguno por la ley personal del individuo (la que fuese) dado que sería totalmente determinable (nacionalidad, domicilio u otra), la opción por la ley del foro es igualmente simple y previsible y, sobre todo, la más adecuada si tenemos en cuenta la obvia proximidad entre los datos estrictamente médicos o forenses y los eventuales preceptos legales que determinen el momento de la extinción de la personalidad.

**221.** En lo que atañe al segundo párrafo, el ejercicio de los derechos civiles a los que se refiere no afecta a aquéllos que tienen una garantía constitucional, que podríamos llamar de orden público en el sentido del art. 3.II del Código de Bustamante, sino más bien los que se refieren a personales o de "orden público interno", cuyo sometimiento a la ley domiciliar es relativamente común por razones meramente operativas<sup>299</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>298</sup>Vid. infra el comentario al art. 44 de esta Ley.

<sup>&</sup>lt;sup>299</sup> Incluso en los sistemas construidos alrededor de la ley nacional como ley personal.

Art. 23. Capacidad y estado civil. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, la capacidad y el estado civil y de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio. No obstante, las condiciones especiales de capacidad prescritas por la ley aplicable a una determinada relación jurídica, se regirán por la ley rectora de esa relación jurídica.

Se exceptúan los supuestos de incapacidad regulados en el art. 50.

2. El cambio de domicilio no restringe la capacidad ya adquirida.

**222**. El art. 23 contiene la regla básica sobre capacidad y estado civil, decretando que estos aspectos directamente vinculados a la persona se regirán por la ley de su domicilio<sup>300</sup>.

223. Por lo que atañe a la capacidad, el Derecho comparado muestra dos grandes opciones en torno a la determinación de la ley aplicable a la capacidad de obrar de las personas físicas: la que singulariza los problemas de capacidad en el acto o negocio que reclama al participante capaz, y la que singulariza el tema en la persona en concreto con independencia del acto al que se refiera el problema o problemas planteados. La primera opción vendría a contemplar la capacidad de una persona como la suma de todas las capacidades singulares que en virtud de distintas leyes pudiese tener. Una consecuencia en absoluto sorprendente para esta visión es que alguien sea capaz para realizar un tipo de negocio jurídico con unas circunstancias determinadas y regido por una ley determinada, y carezca de capacidad para realizar un negocio jurídico similar o incluso idéntico, pero regido por una ley distinta. La estabilidad de la esfera jurídica de la persona se resentiría. Quizá por ello, esta visión de la capacidad asociada indefectiblemente al negocio singular y concreto se ve acompañada de una solución más estable que hace, principalmente en la esfera de influencia de common law, que la ley del negocio se combine de forma alternativa con la ley del domicilio de la persona<sup>301</sup>. Una combinación que introduce un favor hacia la capacidad de la persona y consiguientemente una mayor posibilidad de que esta resulte capaz para la realización de un acto determinado<sup>302</sup>. En todo caso, esta visión favorable a la capacidad tiene como contrapartida la aludida posibilidad de que un incapaz de acuerdo con su ley personal (en este caso la del domicilio) pueda ser capaz o no en función del acto concreto para el que se evalúa dicha capacidad.

El art. 23 propone una solución fija, previsible y estable en torno a la ley personal concretada en la del domicilio como centro de vida e intereses de la persona

<sup>&</sup>lt;sup>300</sup> CONC.: Art. 16 Ley DIPr venezolana; art. 26 Código DIPr panameño; art. 3083 (Cc Quebec); art. 34 Código DIPr belga; arts. 20 y 23 Ley DIPr italiana; art. 12 Ley DIPr austriaca; art. 11 Ley DIPr polaca; art. 21 Proyecto dominicano; art. 21 Proyecto boliviano; art. 17 Proyecto uruguayo; art. 18 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>301</sup>Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, p. 348, alertando sobre las también virtudes de este planteamiento.

<sup>&</sup>lt;sup>302</sup> Art. 18 Ley DIPr venezolana.

interesada. La opción por la conexión domiciliar no es exclusiva en Derecho comparado e incluso dentro de los países caribeños, podemos encontrar tanto leyes personales basadas en la nacionalidad<sup>303</sup>, como basadas en el domicilio<sup>304</sup>. Ambos criterios son lo suficientemente fuertes y el grado de diferencia en su estabilidad, de ordinario mayor en la nacionalidad, se compensa con el grado de diferencia en la vinculación o conexión de la persona, de ordinario mayor en el domicilio.

**224.** En todo caso, cuando a la genérica capacidad de obrar se sumen requisitos accesorios y especiales para la válida realización de un acto determinado, serán las leyes reguladoras de la relación jurídica en la que se integre dicho acto las llamadas a establecer esas condiciones especiales de capacidad a las que se refiere el artículo. Los requisitos o condiciones especiales para, por ejemplo, testar o realizar un pacto sucesorio, los determinarán bien la ley rectora de la sucesión, bien la ley rectora de la forma de la disposición testamentaria, en aquellos casos en que tales requisitos puedan tener la calificación formal<sup>305</sup>. Otro tanto ocurre con determinadas capacidades o incapacidades especiales para recibir la herencia en función de la peculiar situación o relación que el causante podría tener con quien plantea el problema de capacidad (su último confesor, su consejero legal, el notario autorizante del acto, etc.). También entrarían dentro de esta suerte de excepción a la aplicación pura y simple de la ley personal del individuo, requisitos o condiciones especiales que se requieran, por ejemplo, para emitir una declaración de reconocimiento voluntario de la paternidad, o para proceder a la adopción de un menor (edad mínima o diferencia de edad entre adoptante y adoptando), para contraer matrimonio, para disponer de bienes de un pupilo en el caso del tutor, y otras situaciones similares.

**225.** El art. 23 hace además una salvedad relativa a la llamada *excepción de interés nacional* tal cual se regula en el **art. 50** de la presente Ley. Se trata de una excepción con una amplia tradición en el ámbito de la protección de la confianza negocial<sup>306</sup> a favor de la ley del lugar en el que se realiza un negocio. Esta excepción puede tener una configuración bilateral, como sucede con sus últimas manifestaciones en convenios o normas institucionales de la UE<sup>307</sup> o unilateral (a favor de la

<sup>&</sup>lt;sup>303</sup> Art. 12.1° Cc cubano; art. 3 Cc dominicano; Departamentos y colectividades territoriales francesas en el espacio de Ccaribe: herencia de las soluciones del Derecho francés.

<sup>&</sup>lt;sup>304</sup> El Código de Bustamante (art. 7) contempla ambas como posibles leyes personales.

<sup>&</sup>lt;sup>305</sup>Vid. infra comentario al art. 42 de la presente Ley.

<sup>&</sup>lt;sup>306</sup> El primer y paradigmático caso fue el resuelto por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 16 de enero de 1861, en el caso *Lizardi*, ciudadano mexicano que pretendía hacer valer en Francia su incapacidad derivada de la ley mexicana para eludir el cumplimiento de los contratos celebrados en aquel país. La *Cour de Cassation* consideró no argüible la ley personal y tuvo por capaz al señor Lizardi en virtud de la ley Francesa (B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª. Ed., Dalloz, Paris, 2006, pp. 39–40 y las observaciones, pp. 40–46).

<sup>&</sup>lt;sup>307</sup> Así el art. 36 Ley DIPr suiza o el 13 del Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): "En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su

ley de Caribe) como se recoge en la presente Ley. Arbitra, en todo caso, una respuesta clara y absolutamente coherente desde el punto de vista del reparto de los costes de información en el tráfico comercial<sup>308</sup>.

**226.** El segundo gran concepto regulado por el precepto se refiere al estado civil de la persona. Es este un concepto difícilmente definido en todas sus dimensiones y sobre el que existe un núcleo duro de certeza positiva en el que se integra la filiación, el matrimonio, la mayoría de edad (capacidad), y una zona de incertidumbre en la que puede discutirse si, por ejemplo, la nacionalidad o el domicilio forman parte de su contenido. En una de los mejores ejercicios analítico descriptivos que se han realizado en torno al tema se señala que "El estado civil es una cualidad de la persona dependiente de la realidad natural (manera de ser) o social (manera de estar, con estabilidad, en los grupos sociales trascendentes), determinante de su dependencia o independencia jurídica, de su capacidad de obrar y de su ámbito de poder y responsabilidad... si no hay cualidad natural o social de la persona no puede hablarse de estado civil; pero si esa cualidad no es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico como determinante de la capacidad de obrar tampoco existe un verdadero estado civil"309. En todo caso, como se ve, se describe como una amplia constelación posible de circunstancias y relaciones jurídicas que, según la regla que comentamos, quedará igualmente regido por la ley de su domicilio. Se trata en este caso de una regla principal o genérica que queda supeditada a la existencia de otras reglas de conflicto que puedan establecer soluciones particulares para aspectos igualmente particulares relativos al estado civil: nombre y apellidos, filiación natural, adopción, matrimonio, y otras. La razón de esta regla general es poner de manifiesto la importancia de la ley del domicilio en relación con las materias que integran el llamado estatuto personal, reafirmar su naturaleza de principio estructural del sistema de ley aplicable previsto por la ley y, en tal condición, servir para dilucidar, en su caso, lagunas que puedan surgir frente a situaciones no específicamente previstas por la ley. Situaciones que no tienen por qué ser infrecuentes si tenemos en cuenta que esta ley está dirigida a la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial<sup>310</sup>, lo que no descarta, sino todo lo contrario, la posibilidad de que a las autoridades caribeñas se les presenten cuestiones desconocidas, o sin un exacto acomodo en las instituciones reguladas por la ley del foro, a las que haya de dar una respuesta concreta. La fuerza de la ley del domicilio condiciona estas respuestas, pues determina también en cierto modo la calificación del problema: un estatuto personal fuerte y con carácter absorbente en torno a la conexión domiciliar.

parte". Norma que, por otro lado, está en vigor en algunos territorios de Caribe (vid. el Informe relativo a la herencia francesa).

<sup>&</sup>lt;sup>308</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas–Tomson–Reuters, 2013, p. 350.

<sup>&</sup>lt;sup>309</sup> F. de A. Sancho Rebullida, "El concepto de estado civil", *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Profesor Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Valladolid, 1965, pp. 741–810, pp. 797–798.

<sup>&</sup>lt;sup>310</sup>Vid. supra, comentario al art. 1 de la presente Ley.

**227.** El art. 23 concluye con una regla ya clásica en el tratamiento de la ley aplicable a la capacidad, que es la que resuelve el tránsito de una ley aplicable (ley domiciliar) que consideraba capaz al sujeto, hacia otra (nuevo domicilio) que no lo considera tal. La regla evita por obvias razones de seguridad jurídica la pérdida de la capacidad ya adquirida. Ejemplos posibles son el de quien podía considerarse mayor de edad conforme a la ley anterior pero menor conforme a la ley nueva; o quien podía considerarse emancipado conforme a la ley anterior (*v.gr.*, menor tras contraer matrimonio) y no conforme a la ley nueva<sup>311</sup>.

Art. 24. Derechos de la personalidad. 1. La existencia y el contenido de los derechos de la personalidad se rigen por la ley del domicilio de la persona. No obstante, los derechos de la personalidad que deriven de una relación familiar o sucesoria se rigen por la ley aplicable a esta relación.

2. Las consecuencias de la violación de los derechos señalados en el párrafo anterior se rigen por la ley aplicable a la responsabilidad por hechos ilícitos.

228. La idea de protección de la persona a través del reconocimiento de los llamados derechos de la personalidad aparece de manera tardía en la doctrina privatista europea del siglo XIX y encuentra reflejo en los Códigos civiles del siglo XX, y aunque no existe una definición legal de los derechos de la personalidad que fije su concepto, cabe señalar que en su consideración más clásica los derechos de la personalidad constituyen el instrumento a través del cual se produce la protección civil de la persona física, básicamente estimando que esta es portadora de unos atributos, bienes o derechos que son inherentes a su condición humana y cuya violación produce el deber de resarcir los daños y perjuicios causados por el infractor, tanto patrimoniales como morales.

En su enumeración se incluyen aquellos derechos que se dirigen a proteger la integridad personal del ser humano, tanto en su vertiente física –vida, integridad física – como espiritual –integridad moral–, honor, intimidad, imagen, autodeterminación informativa, identidad, incluido el derecho al nombre, que en esta Ley tiene su propia solución individual. Junto a los citados, se suele incluir el derecho moral de autor; queda además englobado en la categoría el derecho a la libertad en sus múltiples manifestaciones concretas (ideológica y religiosa, de expresión, de información, de movimientos, etc)<sup>312</sup>.

**229.** El art. 24 de la Ley somete la existencia y el alcance de estos derechos a la ley del domicilio; a la ley personal<sup>313</sup>. Nada tiene de extraño si tenemos en cuenta

<sup>&</sup>lt;sup>311</sup> Art. 17 Ley DIPr venezolana.

<sup>&</sup>lt;sup>312</sup>Vid. A. Bucher, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5<sup>a</sup> ed., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>313</sup> CONC.: Art. 24 Ley DIPr italiana; art. 16 Ley DIPr polaca; art. 22 Proyecto dominicano; art. 11 Proyecto mexicano.

su fisonomía y su indisoluble vinculación a la persona. Nótese, en todo caso, que la ley personal tan sólo determina la *existencia y contenido*, mas no bajo qué circunstancias pueden considerarse vulnerados, bajo cuáles se ha de proceder a una reparación de los mismos, los tipos de reparación posibles y la extensión de la reparación<sup>314</sup>.

No obstante, se hace preciso realizar una matización en función de la importancia de alguno de estos derechos tal cual los hemos enumerado y de la posibilidad de que la ley personal ceda a favor de la ley del foro. Ello viene dado porque la relación entre los llamados derechos de la personalidad y los derechos fundamentales sigue sin estar perfectamente perfilada. Parece cada vez más claro que el valor de la personalidad en el ordenamiento jurídico es unitario y goza de una protección integral. En este contexto, puede parecer hasta artificial que la existencia de, por ejemplo, la libertad ideológica o el derecho a la intimidad puedan depender en su mera existencia de una ley que no sea la del foro (y la fundamental del foro). En realidad cuando se habla de derechos o bienes de la personalidad nos estamos refiriendo a la que podríamos llamar tutela civil de la personalidad, que también goza de tutela constitucional, penal y administrativa, y que en los ordenamientos jurídicos modernos está, con mayor que menor alcance, bajo la tutela de los derechos fundamentales y, por lo tanto, bajo la órbita de la ley del foro. Obviamente, la cosa es tan clara cuando hablamos del derecho al nombre, del régimen de los apellidos, del derecho a la propia imagen... Todos ellos susceptibles de un mayor margen de apreciación por parte del legislador, si no ya en su existencia (que probablemente también) sí en su contenido.

230. Debe incidirse en la importancia de este precepto, pues aunque se reitere frecuentemente en tratados y manuales la naturaleza extra-patrimonial de los derechos de la personalidad, nadie puede negar sensatamente el acusado incremento del valor económico que están experimentando en nuestros días: piénsese en la imagen, la intimidad, el nombre o la voz, sobre todo si se asocian a personas con un perfil público, lo que paralelamente incrementa notablemente la posibilidad de su comercialización. Por ello actualmente se cuestiona muy seriamente la extrapatrimonialidad sin más, poniendo el énfasis en el hecho de que tras los derechos de la personalidad puede haber intereses tanto de naturaleza patrimonial como extra-patrimonial. La cuestión tiene la máxima importancia, puesto que cuando en un concreto derecho de la personalidad concurre esa duplicidad de intereses es obligado plantearse si el aspecto patrimonial del derecho en cuestión merece o no la misma protección absoluta que el aspecto extra-patrimonial del mismo derecho o que los derechos que únicamente poseen este aspecto extra-patrimonial.La norma, no regula, por ejemplo, los contratos que puedan realizarse teniendo como objeto alguno de estos derechos de la personalidad (derechos de imagen, voz...); aspecto que quedará regido por la ley aplicable al correspondiente negocio.

**231.** La solución principal y general se ve excepcionada por una remisión accesoria a la ley de la que derive el derecho de la personalidad. Se refiere el precepto

<sup>&</sup>lt;sup>314</sup>Vid.infra, comentario al art. 53 de la presente Ley.

a relación familiar o sucesoria y hay que entender también excepcionada (aunque casualmente la respuesta de ley aplicable sea la misma) la ley aplicable al nombre.

Los derechos de la personalidad cuya existencia (y tutela) pueda prolongarse más allá de la muerte del titular se van a regular por la ley rectora de la sucesión, no solo en su vertiente extra—patrimonial (tutela del honor del causante), sino incluso en su aspecto patrimonial<sup>315</sup>.

**232.** Así como se ha significado que los aspectos estrictamente comerciales que se refieran a los derechos de la personalidad susceptibles de ser objeto de comercio se regularán por el estatuto negocial, los atentados a los mismos quedarán bajo el amparo de la ley aplicable a la responsabilidad no contractual<sup>316</sup>.

Art. 25. *Nombres y apellidos*. 1. Los nombres y apellidos de una persona se rigen por la ley del domicilio en el momento de su nacimiento.

No obstante, en el momento de la inscripción del nacido, los padres de común acuerdo o quién de ellos ostente la responsabilidad parental, podrán determinar que el nombre y los apellidos se rijan por la ley nacional del interesado.

- 2. En todo caso, la declaración de nacimiento de una persona y su inscripción en los correspondientes registros caribeños se rige por la ley caribeña.
- 233. El régimen del nombre de las personas físicas ha sido tradicionalmente un aspecto vinculado bien a la ley personal, sea esta cual sea, ley nacional o ley del domicilio, bien a la ley de la relación jurídica en cuyo seno se plantea la determinación del nombre y, singularmente de los apellidos. En este sentido, cabría optar entre la ley personal y la ley rectora de las relaciones paterno—filiales, o la ley rectora de los efectos del matrimonio, por ejemplo, para determinar el régimen del nombre y los apellidos derivados de una relación de filiación o de una relación matrimonial.

<sup>315</sup> En Derecho comparado no son abundantes los ejemplos, pero uno de ellos sumamente gráfico es el de la sentencia del BGH de 1 de diciembre de 1999 (caso *Marlene Dietrich*), en la que el alto tribunal germano tuvo que decidir sobre si, para el Derecho alemán, formaba o no parte de la herencia el derecho a controlar la explotación comercial de la propia personalidad. La única hija y heredera de Marlene Dietrich demandó a un productor musical que permitió a una empresa el uso del nombre y la imagen de la actriz para una edición especial de un automóvil y autorizó al fabricante de las fotocopiadoras Xerox para que usara el seudónimo "Ángel azul" en un anuncio publicitario. La demandante alegaba la violación de los derechos de la personalidad de la fallecida; pedía el cese de las actividades descritas y la compensación por los daños causados, hasta entonces denegados por los tribunales alemanes en casos similares. El BGH tuvo que decidir sobre dos cuestiones fundamentales (a) si los derechos de la personalidad, además de proteger valores inmateriales, protegen también intereses económicos (b) si tales derechos se pueden o no transmitir a los herederos después del fallecimiento de su titular.

<sup>&</sup>lt;sup>316</sup>Vid. infra comentario al art. 53 de esta Ley.

La solución retenida se caracteriza, en primer lugar, por otorgar una respuesta basada en la ley personal, ley del domicilio y, en segundo término, por localizar temporalmente la ley del domicilio en el momento del nacimiento de la persona<sup>317</sup>. Se procede, pues a un tratamiento singularizado y unitario sometido a una única ley: esa ley única rige con independencia de los avatares del sujeto en cuestión (si contrae uno o varios matrimonios sucesivos, si cambia su filiación como consecuencia de una acción de reclamación o de impugnación de la misma, o como consecuencia de un reconocimiento voluntario de filiación...). Además, se resuelve el problema del llamado conflicto móvil: determinar cuál de las leyes personales rige la determinación del régimen del nombre y los apellidos cuando la persona interesada haya poseído más de un domicilio a lo largo de su vida. La conexión domiciliar en el momento del nacimiento proporciona seguridad y estabilidad.

Desde esta perspectiva, la ley acoge, por un lado, y se aleja, por otro de alguna de las respuestas convencionales que recoge la codificación internacional en esta materia, señaladamente, el Convenio nº 19, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980. Así por ejemplo, acoge la solución de retener la ley personal, como ley única y no dependiente de la relación jurídica en cuyo seno aparezca el problema del nombre<sup>318</sup>. Por otro lado, resuelve el problema del conflicto móvil en una forma distinta a la que prevé dicho Convenio, que opta por considerar aplicables sucesivamente las distintas leyes personales que el interesado pudiera tener a lo largo del tiempo. No sólo porque el domicilio es una conexión en cierto modo más fácil de cambiar que la nacionalidad, sino esencialmente por razones de estabilidad del nombre, la ley no concibe un cambio de régimen aplicable como consecuencia de un cambio de domicilio. De este modo, la estabilidad del régimen del nombre se ve reforzada; estabilidad que es un valor sustantivo evidente, entroncado, incluso con el derecho a la identidad y el respeto a los derechos humanos<sup>319</sup>.

**234.** También sobre esta última consideración, la solución principal de la Ley se ve, no obstante, acompañada de una posibilidad de acudir a una *professio iuris* a favor de la ley nacional de la persona interesada. Sin perjuicio de que el nombre y apellidos de una persona constituyen un elemento fundamental de su identificación en la sociedad en la que se integra y que, como tal, la aplicación de la ley de su

<sup>&</sup>lt;sup>317</sup> CONC.: Art. 37 Ley DIPr suiza; arts. 37 a 39 Código DIPr belga; art. 13 Ley DIPr austriaca; art. 15 Ley DIPr polaca; arts. 12 a 15 Proyecto mexicano; art. 23 Proyecto dominicano; art. 19 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>318</sup> Aunque en el caso del citado Convenio la ley personal elegida sea la de la nacionalidad y no la del domicilio.

<sup>&</sup>lt;sup>319</sup> Los ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son numerosos. Aunque no pueda afirmarse radicalmente que la concepción favorable a la continuidad del nombre en función del interés de la persona sea absoluta (frente a supuestos en este sentido, STEDH 22 febrero 1994, *Burghartz*, o STEDH 19 febrero 2005, *Ünal –Tekeli*, los hay también que valoran en mayor medida el interés del Estado: STEDH de 7 diciembre 2004, *Mentzen alias Mencena*; STEDH 17 febrero 2011, *Golemanova*) sí existe una preponderancia del derecho a la identidad y a la continuidad del nombre cuando los intereses estatales que abogan por el cambio supongan un perjuicio importante para la persona, a quien se impide seguir utilizando un nombre con el que se siente identificado.

domicilio se corresponde con una ley próxima, una ley conocida y una ley fácilmente identificable, existe también otra dimensión que no puede descartarse: el nombre y apellidos de una persona es un elemento fundamental de supersonalidad y de su identidad personal y cultural que debe ser preservado en tanto que existe una indudable identificación psicológica, familiar y social del individuo con su nombre<sup>320</sup>. La ley de la nacionalidad de la persona física, una ley personal descartada como eje vertebrador de esta Ley, es una referencia básica en términos de vinculación identitaria; probablemente la referencia fundamental, siendo normal que las personas físicas se autocalifiquen o autodefinan como colombianos, venezolanos, cubanos... etc., en vez de hacer alusión al lugar donde residen. Esta es la razón de introducir un párrafo segundo en el que, sin ningún tipo de imposición -ya que la regla sigue siendo la conexión domiciliar en el momento del nacimiento- se introduce la posibilidad de una opción por la ley nacional de la persona interesada. Debido al hecho de que, también en aras a resolver los problemas planteados por un posible conflicto móvil, se localiza temporalmente esta ley en el momento del nacimiento, corresponde la opción a la persona o personas que ostenten la responsabilidad parental. En el caso de que sea más de una, la opción habrá de realizarse de mutuo acuerdo, sin que la falta de dicho acuerdo permita recurrir a otras instancias, como pudiera ser un juez u otra autoridad dirimente. En estos casos, lo dirimente es la regla general: aplicación de la descrita ley del domicilio.

Para el supuesto en que el interesado posea más de una nacionalidad, no debe existir ningún obstáculo en que la elección pueda versar sobre cualquiera de las nacionalidades que ostentara al momento del nacimiento. Ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de elección de la ley nacional no se arbitra por ser esta la más vinculada al supuesto analizado (en este caso el régimen del nombre y los apellidos), sino en virtud de su consideración fiel de ser la ley que en mayor medida representa la identidad cultural del interesado, de conformidad con su propia voluntad (obviamente, en este caso, la voluntad es de quienes ostentan la responsabilidad parental). En estas circunstancias no existe ningún tipo de factor que aconseje una restricción en el número potencial de leyes nacionales, como podría ser el de limitarlas a la de la nacionalidad efectiva o a la de la nacionalidad coincidente con la residencia habitual del individuo (algo que, por otro lado, vendría a vaciar de contenido la posibilidad de elección de ley, al estar cubierto el supuesto por la regla general). Hay que tener en cuenta que el supuesto ahora considerado se sitúa en el momento del de la inscripción

235. La norma no regula un típico problema que habitualmente surge en relación con el régimen del nombre y los apellidos: el de la ley aplicable a la cuestión previa de la que potencialmente dependa el régimen del nombre y los apellidos de una persona. Se trata de un clásico problema de funcionamiento de la norma de conflicto que ha sido objeto de agitada controversia doctrinal<sup>321</sup> pero que no ha encontrado

<sup>&</sup>lt;sup>320</sup> M.A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, pp. 32–40.

<sup>&</sup>lt;sup>321</sup>Vid. los clásicos acercamientos de W. Wengler, "Die Vorfrage im Kollisionsrecht", *RabelsZ*, 1934, pp. 148–251 y P. Lagarde, "la régle de conflict applicable aus questions préalables", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 459–484.

demasiado refrendo en textos articulados<sup>322</sup>. Así, mientras que el concreto régimen jurídico del nombre y los apellidos queda inequívocamente resuelto por la ley de su domicilio en el momento del nacimiento, la filiación paterna o materna que pueda determinar el régimen de apellidos, o el matrimonio del que derive su posible modificación *ex lege* o por voluntad de uno de los cónyuges son aspectos que quedan al margen del ámbito de aplicación sustantivo del art. 25. Aunque en el Capítulo II del Título III de la presente ley no se hace alusión a ninguna solución expresa para el típico problema de la cuestión previa (*v.gr.*, qué ley se aplica a la filiación – cuestión previa— de la que depende la atribución de los apellidos –cuestión principal—) la respuesta más conforme con la estructura y principios de la presente ley está en la aplicación independiente de cada una de las leyes, sin interferencia de una sobre la otra. Es la consecuencia más evidente de lo dispuesto en el art. 64 de la Ley cuando ordena la aplicación de oficio de las normas de conflicto tanto de la presente ley cuanto de las contenidas en convenios internacionales suscritos por Caribe<sup>323</sup>.

**236.** Tampoco se extiende la norma en cuestiones relativas al régimen del cambio de nombre y apellidos. Sin perjuicio de la importante carga pública que alguno de estos cambios puede tener, donde la autoridad requerida ha de emitir una verdadera decisión sobre la solicitud de cambio de nombre y apellidos, hay que señalar que el art. 25 cubre también los supuestos en los que se produce un cambio de apellidos operado *ope legis* como consecuencia de un cambio en el estado civil de la persona interesada. El hecho de que, con carácter general, el estado civil se rija, también, por la ley del domicilio<sup>324</sup> facilita una posible coherencia jurídica y evita la potencial negativa consecuencia de aplicar dos leyes distintas a dos aspectos de una misma relación globalmente considerada.

No obstante, la aludida íntima relación entre autoridad competente y motivos para los cambios de nombres y/o apellidos probablemente requieran una necesaria correlación *forum–ius*, en función de la cual cada autoridad requerida para la autorización de un cambio de nombre y/o apellidos aplique su propia ley. Ello, en la práctica, puede conducir a que las autoridades caribeñas no sean aptas para autorizar un cambio de nombre y/o apellidos en los que no sea de aplicación su propia ley. Es decir, cuando no sean las autoridades del domicilio de la persona interesada en el momento del nacimiento. En estos casos, las cuestiones relativas al cambio de nombre y apellidos de una persona se dirimirán no como una cuestión de ley aplicable, sino como una cuestión de condiciones de reconocimiento del cambio autorizado por una autoridad extranjera. Resulta razonable en este caso, que no haya obstáculo para reconocer dicho cambio cuando haya sido autorizado por la autoridad del domicilio del interesado en el momento del nacimiento y que en el resto de supuestos (v.gr., autorización del cambio de apellidos por parte de las autoridades nacionales del interesado) se proceda a una verificación caso por caso. Ello, en

<sup>&</sup>lt;sup>322</sup> Una excepción la aporta el art. 6 Ley DIPr venezolana, a cuyo tenor, "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regula esta última". Como se ve, la regla es una regla abierta que no ofrece una solución taxativa.

<sup>&</sup>lt;sup>323</sup> Una solución diferente es la prescrita por el art. 1 del citado Convenio de Múnich de 1980.

<sup>&</sup>lt;sup>324</sup>Vid. supra, art. 24 de esta Ley y su comentario.

ausencia de una norma expresa, significa que las situación creada, conforme a un Derecho extranjero o de Caribe, por una autoridad que posea una competencia basada en criterios internacionalmente racionales y admisibles para autorizar un cambio de nombres o apellidos debería producir efectos en Caribe salvo que sean contrarios a su orden público<sup>325</sup>.

Art. 26. Declaración de desaparición o de fallecimiento. La declaración de desaparición o de fallecimiento se rige por la ley del Estado donde la persona tuviere su domicilio antes de su desaparición.

La administración provisional de los bienes del desaparecido se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio el ausente tuviese su domicilio y, si ésta no puede determinarse, por el Derecho caribeño.

**237.** La conexión utilizada en esta norma coincide con la empleada con carácter general en materia de capacidad y estado civil en la presente Ley modelo, lo que se corresponde con el encuadramiento sistemático de la ausencia y la declaración de fallecimiento entre las materias propias del estado civil<sup>326</sup>.

Conforme a la opinión más extendida en el panorama comparado la declaración de ausencia o fallecimiento queda comprendida en el estatuto personal. Si bien no faltan quienes resaltan las semejanzas entre estas situaciones y una modificación del estado civil o de la capacidad; con carácter general, cabe afirmar que el fundamento último de esta solución se encuentra en quese trata de situaciones que afectan al conjunto de la personalidad y de la condición jurídica del individuo, siendo un principio reconocido en todos esos ordenamientos que las situaciones de esta naturaleza se hallan sometidas a la ley aplicable al estatuto personal, ordenamiento con el que la persona física se considera más vinculada. Además, como ventajas adicionales de esta opción se destacan que hace posible un tratamiento conflictual unitario de todas estas situaciones y tiende a coincidir —sin duda, no siempre—, con la ley aplicable a las relaciones sobre las que se proyectan los efectos básicos de la declaración (sucesiones y familia).

La opción por el estatuto personal exige en todo caso su coordinación con el recurso necesario a la *lex fori* en lo relativo a las cuestiones procesales, cuya delimitación de las normas sustantivas se revela particularmente compleja en este ámbito.

Art. 27. Sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada. 1. Las sociedades comerciales y las empresas individuales de respon-

<sup>&</sup>lt;sup>325</sup>Vid. la regla genérica del art. 5 Ley de DIPr venezolana.

<sup>&</sup>lt;sup>326</sup> CONC.: Art. 41 Ley DIPr suiza; art. 41 Código DIPr belga; art. 22 Ley DIPr italiana; art. 14 Ley DIPr austriaca; art. 14 Ley DIPr polaca; art. 24 Proyecto dominicano; arts. 17-19 Proyecto mexicano; art. 25 Proyecto boliviano; art. 19 Proyecto uruguayo; art. 38 Proyecto colombiano.

sabilidad limitada se rigen por el Derecho de acuerdo con el cual se han constituido.

- 2. La ley aplicable a las sociedades comerciales y a las empresas individuales de responsabilidad limitada comprende:
  - i) la existencia, capacidad y naturaleza de la sociedad;
  - ii) el nombre y sede social;
  - iii) la constitución, disolución y liquidación;
  - iv) la composición, los poderes y el funcionamiento de los órganos sociales.
- v) las relaciones internas entre los socios y las relaciones entre la sociedad y los socios; así como los deberes de carácter societario de los administradores.
  - vi) la adquisición, pérdida y transmisión de la calidad de socio;
- vii) los derechos y obligaciones correspondientes a las acciones o participaciones y su ejercicio;
- viii) la responsabilidad de socios y administradores por la infracción de la normativa societaria o de los Estatutos sociales;
- ix) el alcance de la responsabilidad frente a terceros de la sociedad como consecuencia de la actuación de sus órganos.
- **238.** El art. 27 se ocupa de dos cuestiones esenciales para el DIPr de sociedades: por una parte la determinación de la ley personal de la sociedad (su *lex societatis*) y, por otra, del alcance de dicha ley; esto es, de la concreción de las materias que se regirán por esta *lex societatis*<sup>327</sup>. Se trata, sin duda, de una cuestión en la que no es fácil encontrar un adecuado punto de equilibrio entre los intereses de los distintos intervinientes en el tráfico y en el que las soluciones que se adopten en el marco de una organización internacional como es la OHADAC han de respetar las especificidades de la integración internacional, ajenas en principio a los planteamientos unilaterales que pueden ser adoptados en las normas producidas por el legislador interno.
- **239.** En lo que se refiere a la determinación de la *lex societatis* se opta por la ley del Estado de constitución. Esta ley coincidirá en la mayoría de los supuestos con la de la sede social, entendida dicha sede social como sede formal o estatutaria; esto es la que consta en la escritura de constitución de la sociedad o en sus estatutos, dependiendo del Derecho del país de constitución. Este concepto en algunos

<sup>&</sup>lt;sup>327</sup> CONC.: Art. 27 Código DIPr panameño; arts. 154 y 155 Ley DIPr suiza; art. 3087 (Cc Quebec); art. 25 Ley DIPr italiana; art. 1 Código DIPr belga; arts. 17-21; Ley DIPr polaca; art. 25 Proyecto dominicano; art. 26 Proyecto boliviano; art. 33 Proyecto uruguayo; art. 45 Proyecto colombiano.

países deberá ser sustituido por la oficina registrada<sup>328</sup>.

En los casos de sociedades de capital no se planteará ninguna duda sobre la determinación del Estado de constitución ni discrepancia alguna con la sede formal de la sociedad. En este tipo de sociedades la personalidad jurídica precisa la inscripción de la nueva sociedad en algún tipo de registro vinculado al poder público, por lo que será el Derecho del Estado al que pertenezca el registro el que determine la ley de la sociedad. Además, lo habitual será que la válida constitución de la sociedad precise que se fije la sede estatutario u oficina registrada en el Estado de constitución, por lo que ninguna duda debería existir en estos supuestos en la determinación de la *lex societatis*. Se trata de un criterio de fácil identificación que, además, responde tal como veremos a las exigencias del tráfico internacional.

Dos puntualizaciones deben realizarse: la primera es que la opción por el Derecho del Estado de constitución supone el abandono de una conexión de cierta tradición en el ámbito americano como es la nacionalidad de la sociedad, seguida en el Código de Bustamante (arts. 18 y 19 del Código: "Las sociedades civiles mercantiles o industriales que no sean anónima tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, en su caso, la del lugar donde radicare habitualmente su gerencia o dirección principal" -art. 18-; "Para las sociedades anónimas se determinará la nacionalidad por el contrato social y en su caso por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal Junta o el Consejo directivo o administrativo"). Como es sabido, la conexión nacionalidad proyectada a las sociedades plantea problemas pues no todos los Derechos determinan qué sociedades han de considerarse nacionales. Además la conexión nacionalidad obliga a adoptar un planteamiento unilateral que no es excesivamente apropiado en una normativa de origen internacional que ha de ser adoptada por una pluralidad de Estados. Resulta, por tanto, más conveniente eludir la referencia a la nacionalidad -que no deja de ser un rodeo- y abordar directamente la determinación de qué Derecho ha de regir la sociedad.

240.Las conexiones posibles en DIPr de sociedades son básicamente el Estado de constitución de la sociedad y el Estado donde la sociedad tiene su sede real. Entre las dos la Ley modelo opta por la primera ya que es ésta la que mejor responde a los intereses del tráfico internacional. La conexión "sede real" exige en primer lugar determinar dónde se encuentra dicha sede, ya que existen varias concreciones posibles de la misma (lugar donde se lleva a cabo la administración de la sociedad, donde se desarrollan principalmente las actividades de la sociedad o donde se encuentra el principal establecimiento de la sociedad). En segundo término, al basarse en circunstancias de hecho, la sede real puede mutar con mucha más facilidad que la sede formal, lo que no favorece la seguridad en las transacciones. Un cambio de sede real puede ocasionar que una sociedad perfectamente capaz antes del traslado deje de serlo tras éste, con las consecuencias que ello tiene para el régimen de los contratos y de las demás relaciones de la sociedad. Es por ello que resulta más adecuado optar por la conexión sede formal que, como hemos visto, coincide con el

<sup>&</sup>lt;sup>328</sup>Registered office, vid., por ejemplo, el art. 3.5.b) de la *Companies Act* of Bahamas del año 1992, o el art. 168 de la *Companies Act* de Barbados: "A company must at all times have a registered office in Barbados".

Estado en el que se ha constituido la sociedad.

El Derecho del Estado de constitución ha de interpretarse como el del ordenamiento que atribuye personalidad jurídica a la sociedad, con independencia de dónde se hayan realizado los actos previos precisos para el nacimiento de la sociedad. De esta forma, no será imposible que la escritura de fundación de la sociedad o la redacción de los estatutos sociales se realicen en un Estado mientras que el registro de la sociedad se produce en otro. En estos supuestos lo relevante es la atribución de personalidad jurídica que realiza el Estado en el que se concluye el proceso de creación debiendo ser este Derecho el que valore la legalidad de las operaciones que se hayan realizado en otros Estados.

Se plantea un problema en aquellos casos en los que la constitución de la sociedad no haya concluido, por lo que no será posible en tales casos aplicar propiamente el Estado de constitución. Esta situación se dará en aquellos casos en los que se plantee la responsabilidad de la sociedad y de los fundadores por actos previos al nacimiento de la sociedad sin que ésta haya llegado a adquirir personalidad jurídica. En estos supuestos lo más adecuado sería defender la aplicación del Derecho que regiría la sociedad en caso de que finalmente se constituyera. El inicio de la constitución de la sociedad ya ha de incorporar elementos que permitan determinar en qué Estado se pretendía incorporar la sociedad y será ese Derecho el que deba tenerse en cuenta.

A las sociedades de personas deberá aplicárseles la misma solución: la *lex societatis* será la del Estado de acuerdo con cuyo Derecho se haya constituido la sociedad. Ahora bien, en el caso de las sociedades de personas puede darse que no resulte evidente cuál es el ordenamiento que ha sido utilizado para la constitución de la sociedad. Ante la ausencia de indicios sobre este extremo en el documento fundacional de la sociedad o en los que resultan relevantes para su nacimiento deberíamos optar por aquel Derecho que, de acuerdo con la voluntad presunta de los fundadores, haya sido el considerado para la creación de la sociedad. En el supuesto de que ningún Derecho pueda ser identificado de acuerdo con este criterio, lo que será realmente excepcional, deberá optarse por aplicar el Derecho que aparente tener un vínculo más significativo con la sociedad, presumiéndose que tal Derecho es el elegido por los fundadores para la constitución.

**241.** La enumeración de cuestiones regidas por la *lex societatis* incluye la existencia de la sociedad, su capacidad y naturaleza jurídica. Será el Derecho rector de la sociedad el que determine en qué momento adquiere personalidad jurídica y cuál es el tipo social y su naturaleza (sociedad de personas o sociedad de capital). La capacidad de la sociedad también se regirá por la *lex societatis*; esto no implica, sin embargo, que no pueda ser aplicada a las sociedades la excepción del interés nacional<sup>329</sup>, de acuerdo con la cual las personas incapaces de acuerdo con su ley personal pueden ser consideradas capaces en determinadas circunstancias de acuerdo con lo previsto en la ley del Estado donde se celebre el negocio respecto al cual quiere determinarse la capacidad. El régimen del nombre de la sociedad y la determinación de la sede social también se rigen por la *lex societatis*. La *lex societatis* tam-

<sup>&</sup>lt;sup>329</sup>Vid.infra, el comentario al **art. 50**Ley (*Incapacidad*).

bién rige la determinación de quiénes son los representantes orgánicos de la sociedad y, por tanto, de quienes pueden vincular a ésta con sus actuaciones (apartado ix del art. 27.2°). La representación voluntaria de la sociedad, en cambio, se determina por el Derecho que específicamente rija la representación.

242. La constitución, disolución y liquidación de la sociedad también se rige por la *lex societatis*. Será este Derecho el que determine los requisitos que habrán de cumplirse para la eficaz constitución de la sociedad. Tal como hemos visto, el Derecho que habría de regir la sociedad tras su constitución será también el que determine el régimen de la sociedad en constitución. La disolución y liquidación de la sociedad es también materia que sin discusión corresponde a la *lex societatis*. Ahora bien, esta aplicación de la *lex societatis* ha de coordinarse con la aplicación del Derecho rector de los procedimientos de insolvencia en los que pueda verse involucrada la sociedad. La aplicación de la *lex societatis* no ha de impedir la aplicación del Derecho rector de la insolvencia para la liquidación del patrimonio de la sociedad, si bien la liquidación de tal patrimonio no ha de conducir a la disolución de la sociedad más que si así lo prevé el Derecho rector de la sociedad.

243. La organización interna de la sociedad vendrá determinada también por la lex societatis. Será ésta la que determine cuáles serán los órganos sociales, su composición y funcionamiento así como las relaciones entre los órganos sociales, los socios y los administradores, además de las relaciones internas entre los socios. La referencia a las relaciones internas entre los socios ha de interpretarse como las relaciones entre los socios regidas específicamente por el Derecho de sociedades. Los pactos parasociales que puedan establecer los socios entre sí, dada su naturaleza contractual no han de regirse por la lex societatis, si bien el ámbito material de tales pactos será únicamente el permitido por las normas imperativas del Derecho rector de la sociedad. De esta forma, la lex societatis establecerá el marco de los pactos parasociales, pero no su régimen específico, a salvo de que la normativa rectora de los pactos (de carácter contractual como se acaba de indicar) remitan al Derecho rector de la sociedad.

Será también la *lex societatis* la que determine las obligaciones de socios y administradores de carácter societario. Esta previsión resulta especialmente necesaria en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores, ya que optar por una calificación societaria de tales obligaciones excluyendo que sea el Derecho rector del estatuto delictual el que resulte aplicado. Esta calificación societaria se limita, sin embargo, a las obligaciones de los administradores de carácter societario. Esto es, la responsabilidad que pueda generarse respecto a la sociedad por parte del administrador por actuaciones que no se encuentren relacionadas con sus obligaciones societarias no se regirá por esta *lex societatis* sino, previsiblemente, por la que resulte de la norma de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales<sup>330</sup>. Aquella responsabilidad que se derive de las obligaciones societarias, en cambio, se regirá necesariamente por la *lex societatis*, tal como se hace explícito en el apartado viii) del art. 27.2°.

<sup>&</sup>lt;sup>330</sup>Vid. infra, art. 52.

**244.** Finalmente, será también la *lex societatis* la que determine en qué forma se adquiere, pierde y transmite la condición de socio, así como los derechos y obligaciones que se derivan de las acciones y participaciones societarias. La aplicación del Derecho rector de la sociedad a este segundo aspecto (derechos y obligaciones derivados de las acciones y participaciones sociales) es una consecuencia de la proyección de tal Derecho sobre la organización y funcionamiento interno de la sociedad, con vínculos estrechos respecto a los derechos y obligaciones de los socios, al menos en lo que se refiere al régimen de las acciones.

La *lex societatis* también ha de regir la adquisición, pérdida y transmisión de la condición de socio, si bien hemos de distinguir cuidadosamente entre la adquisición, pérdida o transmisión y los negocios o actos jurídicos que implican tales variaciones en la relación entre la sociedad y una persona determinada. La *lex societatis* tan solo regirá qué requisitos son necesarios para adquirir, perder o transmitir la condición de socio; pero los negocios o actos precisos para tal mutación se regirán por su propio derecho. Así, será la *lex societatis* la que determine si es posible transmitir por vía contractual la condición de socio; pero en caso de que así sea el régimen del contrato será el determinado por la *lex contractus*, aunque en el caso de que la *lex societatis* establezca algún requisito específico para que la transmisión sea oponible a la sociedad tal requisito deberá ser cumplido con independencia de lo que establezca la *lex contractus*.

Art. 28. Traslado de la sede social. El traslado de la sede estatutaria de una sociedad comercial o de una empresa individual de responsabilidad limitada de un Estado a otro únicamente afectará a la personalidad en los términos permitidos por los Derechos de dichos Estados. En caso de traslado de sede estatutaria al territorio de otro Estado, la sociedad se rige por el Derecho de dicho Estado a partir de dicho traslado.

**245.** El art. 28 se ocupa del traslado de la sede estatutaria de la sociedad<sup>331</sup>. El traslado de la sede real no es objeto de regulación ya que, dado que no es criterio de conexión para determinar la *lex societatis*, su traslado carece también de relevancia conflictual. Podrá tener efectos en el ámbito fiscal o administrativo, pero no en el Derecho privado<sup>332</sup>.

El traslado de la sede estatutaria, en cambio, sí que tendrá consecuencias desde la perspectiva del Derecho rector de la sociedad. Es habitual que los Derechos de los diferentes Estados obliguen a que la sede estatutaria se sitúe en el Estado de consti-

<sup>&</sup>lt;sup>331</sup> CONC.: Arts. 161 a 163 Ley DIPr suiza; art. 112 Código DIPr belga.

<sup>&</sup>lt;sup>332</sup>Vid. los artículos 226 a 231 del Código de Comercio de Costa Rica, donde se prevé el traslado de la sede a Costa Rica de sociedades extranjeras, entendida sede como lugar donde celebre sus reuniones el consejo de administración de la sociedad o donde está situado el centro de administración social (art. 231).

tución<sup>333</sup>. De acuerdo con esto, por tanto, el traslado de la sede estatutaria no podrá realizarse sin la transformación de la sociedad, que dejará de regirse a través del traslado por el Derecho del Estado de origen para pasar a regirse por el Derecho del Estado al que traslada su sede estatutaria. Esta operación de transformación de la sede estatutaria ha de ser objeto de una detallada regulación material que permita, además, la coordinación entre los Derechos de origen y de destino de la sociedad. Es por ello que en el art. 28 se establece que la forma en la que el traslado afecte a la personalidad jurídica de las sociedades será la prevista por el Derecho de los Estados de origen y de destino. Esto es, el traslado solamente será posible si lo permiten tanto el Estado de origen como el de destino. Si alguno de los dos no autoriza la emigración o la inmigración de la sociedad por medio del traslado de su sede estatutaria tal transformación no será posible.

En este punto no se entra en la regulación en la que deberá hacerse el traslado que, como ya se ha indicado, no tiene carácter conflictual sino material<sup>334</sup> (. Esta regulación habrá de incluir tanto los trámites que han de realizarse en el Estado de origen para decidir el cambio de la sede estatutaria y la transformación de la sociedad como los precisos en el Estado de destino y también los mecanismos de cooperación entre las autoridades de uno y otro Estado.

**246.** El art. 28, en cambio, sí que se ocupa de forma específica de la forma en que el traslado de la sede estatutaria afecta a la *lex societatis*, previendo que tras el cambio la sociedad pasará a regirse por el Derecho del Estado de su nueva sede. Se trata, por tanto, de una excepción a la previsión del **art. 27** que establece la aplicación a la sociedad de la ley del Estado de constitución por lo que será necesario articular el Derecho al que remite el **art. 27** con el que resulta del art. 28.

En primer lugar, la constitución de la sociedad se regirá y deberá siempre regirse por la ley designada por el **art. 27** así como el funcionamiento de la sociedad con anterioridad al traslado. El Derecho del Estado al que se traslada la sede estatutaria no tiene vocación de aplicarse retroactivamente a las sociedades que hayan trasladado su sede estatutaria al extranjero. Será solamente a partir del traslado cuando las relaciones entre los órganos sociales y su funcionamiento, los derechos y obligaciones de socios y administradores así como la pérdida, adquisición y transmisión de la condición de socio se regirán por el Derecho de la nueva sede estatutaria de la sociedad, derecho que coincidirá con aquél que regirá la sociedad una vez

<sup>&</sup>lt;sup>333</sup>Vid., v.gr., el art. 111 del Código de Comercio de Colombia, donde se exige que la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad se haga en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal, lo que solamente podrá cumplirse si tal domicilio se encuentra en la República de Colombia; idea que viene confirmada por el art. 469 de su Código de Comercio donde se establece que "son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior. El art. 18.10 del Código de Comercio de Costa Rica es aún más claro ya que prevé que en la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá constar el domicilio de la sociedad que "deberá ser una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones" o el ya citado art. 168 de la *Companies Act* de Barbados que exige que en todo momento deba existir una "registered office" de la sociedad en Barbados.

<sup>&</sup>lt;sup>334</sup>Vid., v.gr., los arts. 201 a 209 de la *Cayman Islands Companies Law* donde se regula la forma en la que una sociedad registrada en el extranjero puede transferir su sede a las Islas Caimán.

producido el traslado y al que, por tanto, será preciso adaptar los estatutos y reglas de funcionamiento de la sociedad.

La articulación de los Derechos del Estado de origen y de destino de la sociedad plantea problemas específicos en lo que se refiere al proceso mismo de traslado de sede. En principio, será el Derecho del Estado de origen el que rija la adopción del acuerdo de traslado; pero ya debería ser el Derecho del Estado de destino el que se aplicara a la modificación de los estatutos sociales necesaria para adaptar la sociedad al Derecho del Estado de destino. Ciertamente, la previsión del art. 28 es la de que el nuevo Derecho solamente regirá a partir del traslado, pero deberá aplicarse de manera provisional a la modificación de los estatutos. Esta aplicación provisional ha de estar condicionada a la efectiva realización del traslado, por lo que la regla del artículo no se ve afectada. Es decir, la aplicación efectiva no se produce hasta el momento en el que se realiza el traslado, debiendo regirse el funcionamiento de la sociedad, las relaciones entre los órganos y los derechos y obligaciones de socios y administradores por el Derecho del Estado de origen hasta el momento en el que el traslado sea efectivo, incluso aunque ya se haya adoptado el acuerdo de transferencia del domicilio al extranjero. El artículo es claro en este punto para evitar las dudas que pudieran darse durante esta etapa de transición entre el Estado de origen de la sociedad y el Estado al que transfiere su sede.

**247.** El art. 28 establece la aplicación del Derecho del nuevo Estado una vez que se haya producido la transferencia de sede; esto es, no se prevé que tras la transferencia de sede estatutaria pueda mantenerse la aplicación de la lex societatis anterior. En la práctica existente lo habitual es que la transferencia de la sede estatutaria pretenda, precisamente, la transformación de la sociedad en una de las existentes en el Estado de destino y regida precisamente por ese Derecho, el del Estado de destino. Ahora bien, también ha habido supuestos en los que la voluntad de los promotores del traslado era la de mantener la aplicación del Derecho de origen de la sociedad (vid. en Europa el caso resuelto por el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 16 de diciembre de 2008, As. C-210/06, Cartesio). El art. 28 no admite esta posibilidad. La alternativa sería la de permitir que la sociedad decidiera entre la aplicación del Derecho de origen o de destino o bien remitir la solución a los Derechos de origen interno de los Estados implicados. Ambas soluciones son inadecuadas ya que o bien introducirían en la regulación un elemento extraño como es la voluntad de la sociedad o bien abriría la posibilidad de soluciones discordantes entre el Estado de origen y el de destino. Es por tanto, preferible, establecer con claridad que será el Derecho del Estado al que se traslada la sede el que regirá a la sociedad desde el momento del traslado.

No se trata, evidentemente, de reducir injustificadamente el alcance de la autonomía de la sociedad, que existe en un alto grado desde el momento en el que se permite que durante la vida de ésta se produzca una modificación de su régimen sin que se llegue a dar la disolución y reconstitución. Ahora bien, esta posibilidad de modificación del régimen societario durante la vida de la sociedad ha de ir acompañado de ciertas cautelas orientadas a proteger los intereses de los Estados implicados y la seguridad jurídica. En lo que se refiere al primer aspecto, los intereses de los Estados, ya hemos visto que la transferencia de sede solamente será posible

cuando lo permitan tanto el Derecho del Estado de origen como el del Estado de destino. En lo que se refiere a lo segundo, la determinación clara del momento en el que la sociedad pasa de estar regida por el Derecho del Estado de inmigración, que coincide con el momento final de aplicación del Derecho del Estado de emigración, satisface las necesidades de un régimen internacional claro sobre este punto.

## Sección Segunda Relaciones de familia

Art. 29. Celebración del matrimonio. 1. La capacidad para contraer matrimonio se regirá por el Derecho del domicilio de cada contrayente.

- 2. Los requisitos de fondo y forma de un matrimonio celebrado en Caribe se regirán por la ley caribeña.
- 3. Un matrimonio celebrado en el extranjero se reputará válido si lo es de conformidad con la ley del lugar de celebración o si es reconocido como tal por la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges.

248. El art. 29 de la Ley resume en tres reglas simples y de fácil aplicación la intrincada cuestión de la validez del matrimonio, distinguiendo entre el régimen jurídico del matrimonio celebrado en Caribe y el celebrado en el extranjero<sup>335</sup>. En el primer caso, además de la correspondiente cuestión relativa a la competencia de las autoridades de Caribe para autorizar un matrimonio, se plantea un problema de ley aplicable a los distintos aspectos que pivotan sobre la celebración y validez de un matrimonio: esencialmente, la capacidad para contraerlo, la forma de manifestación del consentimiento matrimonial y lo que podríamos llamar la ley aplicable al fondo del matrimonio. En el segundo caso, la norma se constituye no en una norma sobre la ley aplicable, sino en una norma que establece las condiciones de reconocimiento. Este esquema responde a una visión moderna del matrimonio en el Derecho internacional privado que distingue entre matrimonios nacionales y matrimonios extranjeros en función de la naturaleza de la autoridad celebrante (nacional o extranjera) y, consecuentemente, establece un también distinto régimen jurídico para cada uno de ellos: como se ha dicho, los primeros plantean problemas de ley aplicable, mientras que los segundos los plantean de reconocimiento<sup>336</sup>. La importancia de considerar válidamente celebrado un matrimonio trasciende a los meros aspec-

<sup>&</sup>lt;sup>335</sup> CONC.: Art. 44 Ley DIPr suiza; arts. 46 y 47 Código DIPr belga; art. 3088 (Cc Quebec); arts. 27 y 28 Ley DIPr italiana; arts. 48 y 49 Ley DIPr polaca; art. 21 Ley DIPr venezolana ("La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el Derecho de su respectivo domicilio"); arts. 38 y 39 Código DIPr panameño; arts. 16 y 17 Ley DIPr austriaca; art. 27 Proyecto dominicano; arts. 38 a 40 Proyecto boliviano; art. 22 Proyecto uruguayo; art. 21 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>336</sup> Es la tesis fundamental de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002, que tiene validez general, más allá de su concreta proyección sobre un sistema concreto.

tos de Derecho privado, donde el matrimonio es una institución nuclear de la que pueden derivar efectos para otras muchas cuestiones (nombre, alimentos, derechos sucesorios), para situarse incluso como pieza importante en la delimitación de la propia población de Caribe. La relación entre matrimonio y obtención de la nacionalidad de Caribe es clave en algunos sistemas<sup>337</sup>.

**249.** En consonancia con lo dispuesto en el **art. 23** de la presente Ley, la capacidad para contraer matrimonio se somete a la ley del domicilio de cada contrayente. Se trata pues de una solución que se articula de forma distributiva, de tal manera que es la ley del domicilio de cada uno de los contrayentes la que determina su singular capacidad. Obviamente, esta solución en términos de validez del matrimonio por razón de la capacidad de los contrayentes exigirá que ambas leyes consideren que dicha capacidad concurre para cada contrayente. Basta que cualquiera de los contrayentes carezca de capacidad de acuerdo con la ley de su domicilio para que tan vicio pueda determinar algún grado de ineficacia del matrimonio celebrado<sup>338</sup>.

La ley del domicilio rige así no solo las estrictas cuestiones de capacidad vinculadas, por ejemplo a la edad mínima para contraer matrimonio<sup>339</sup> o los supuestos en los que a pesar de tener esa edad mínima falte real capacidad para emitir un consentimiento veraz e informado (concurrencia de deficiencias o anomalías síquicas, que, no obstante serán objeto más de una apreciación fáctica que jurídica), sino también los llamados impedimentos matrimoniales que pivotan sobre circunstancias personales o familiares, tales como la imposibilidad de contraer matrimonio entre familiares vinculados hasta un cierto grado de parentesco. De nuevo, esta aplicación distributiva puede conducir a la frustración del matrimonio en aquellos casos en los que el impedimento sea de los llamados bilaterales (se articula en función de la relación con el otro cónyuge) y tan sólo sea previsto por una de las dos leyes. Así, v.gr., si la ley de uno de los contrayentes vinculados por parentesco en tercer grado colateral (tía y sobrino) considera este tercer grado como un impedimento, habrá que concluir que no cabe la autorización del matrimonio aunque la ley del domicilio del otro contrayente no prevea tal obstáculo.

Corresponde también a esta ley establecer las circunstancias y condiciones en los que los impedimentos pueden ser "dispensados" así como bajo qué circunstancias y a quién le corresponde integrar la capacidad en los casos en los que falte. Este hecho no está exento de problemas en aquéllos supuestos en los que la ley del domicilio encarga a una específica autoridad la sustanciación de las solicitudes de dispensa, pues en función de los concretos casos, tal dispensa podría ser concedida por la equivalente autoridad caribeña (el foro) y en otros casos, serán los contrayentes los que habrán de obtenerla ante las extranjeras autoridades competentes. Debe retenerse, en todo caso, que muchos de los que pueden considerarse teóricamente impedimentos para contraer matrimonio son parte integrante del propio concepto o

<sup>&</sup>lt;sup>337</sup>Vid. en este sentido el sistema de los territorios vinvulados a la herencia británica en lo que atañe a Bermudas o Antigua.

<sup>&</sup>lt;sup>338</sup>Vid. infra, art. 32 y su comentario.

<sup>&</sup>lt;sup>339</sup> Téngase en cuenta la norma especial contenida en el art. 2 del Convenio de Nueva York de 20 de diciembre de 1962 relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, en vigor en diversos países de Caribe.

noción de matrimonio que es, en todo caso, el concepto de Caribe (del foro). Tal puede ser el caso del sexo o, en menor medida, del tradicional impedimento de ligamen.

Efectivamente, resulta discutible que el sexo de los contrayentes sea una cuestión a regular por la ley del domicilio de cada persona como si se tratase de uno de los impedimentos bilaterales a que se ha hecho alusión con anterioridad. La progresiva apertura de distintos ordenamientos jurídicos hacia la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo ha hecho que los supuestos en que tales matrimonios se celebren suelan reducirse al territorio (o los consulados, en su caso) de los países que lo reconocen. En la práctica no va a solicitarse la celebración del matrimonio entre dos hombres o dos mujeres ante una autoridad caribeña que no prevea tal matrimonio. Si se pretendiese reconducir dicha condición a una cuestión de capacidad, dos domiciliados en Argentina, o en Uruguay o en España, podrían reclamar tal posibilidad. Probablemente, en algunos supuestos entraría en funcionamiento el orden público de Caribe<sup>340</sup>, aunque tal recurso no es necesario. La cuestión del sexo de los contrayentes forma parte integrante del concepto y contenido del matrimonio del foro y, desde esta perspectiva, entra dentro del párrafo segundo de este art. 29, excepcionando también lo dispuesto en el art. 23 sobre ley aplicable al estado civil, ya que, incluso descartando su calificación como cuestión de capacidad, no deja de ser sin duda alguna una cuestión de estado civil. Ha de tenerse en cuenta, en cualquier caso, que la celebración de este tipo de matrimonios podría no ser ajena a la práctica de Caribe, en función de que así se reconozca progresivamente por cada Estado de Caribe y, ya hoy, en función de principios como los de "corcordancia" y de "reconocimiento" en los sistemas de herencia jurídica neerlandesa<sup>341</sup> o el principio de "identidad o de asimilación legislativa" en los países de herecia jurídica francesa<sup>342</sup>.

**250.** El recién aludido párrafo segundo regula los requisitos de fondo y forma de un matrimonio celebrado en Caribe y, de nuevo, se otorga una respuesta simple y plenamente coherente con la naturaleza de las cosas. Las autoridades de Caribe no pueden celebrar un matrimonio que no sea el suyo propio, por lo que tanto las cuestiones de forma, como las de fondo se somete a la ley de Caribe (ley del foro).

El primer aspecto, la forma de prestación del consentimiento matrimonial, no ofrece ninguna duda desde la perspectiva del matrimonio que va a contraerse: la consolidada regla *auctor regit actum* indica que cada autoridad se ajusta a su propia ley a la hora de cumplimentar o exigir las formalidades inherentes al acto para cuyo concurso es requerida. No es concebible que un matrimonio celebrado en una Notaría Especial del Ministerio de Justicia cubano o ante un Juez o un Notario del Círculo de uno de los contrayentes en Colombia, se someta a requisitos formales de

<sup>&</sup>lt;sup>340</sup>Vid. infra, comentario al **art. 68** de la presente Ley.

<sup>&</sup>lt;sup>341</sup>Vid. los sistemas vinculados a la herencia holandesa, donde ciertamente se pone de manifiesto cierta oposición local en materia, precisamente del matrimonio entre personas del mismo sexo, respecto del cual los Países Bajos fueron pioneros en Europa.

<sup>&</sup>lt;sup>342</sup>Vid. los sistemas vinculados a la herencia francesa. Francia ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de la *Loi nº* 2013–404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

un ordenamiento extranjero distinto del cubano, en el primer caso, o del colombiano, en el segundo. Las formas y solemnidades serán las de Caribe.

Menos absoluto es el sometimiento de la ley rectora del fondo del matrimonio a la ley local, pues serían imaginables otras soluciones, pero la recogida por el párrafo segundo del art. 29 que analizamos es la más adecuada. Por un lado, el "tipo de
matrimonio" que una autoridad celebra es "el suyo". Teniendo en cuenta la evolución en el concepto de familia y en el concepto de matrimonio –como una de las
formas posibles en torno a la que organiza la familia— que ha habido en los últimos
años en el Derecho comparado, ya no puede decirse, como antaño, que el matrimonio es una institución universal que sustancialmente significa lo mismo en cualquier lugar del mundo<sup>343</sup>. El matrimonio celebrado en Caribe es el matrimonio Caribeño y, por lo tanto, las condiciones de fondo, son las establecidas por la legislación caribeña. La presente regulación se aparta así de otras en las que los requisitos
de fondo del matrimonio se someten potencialmente a leyes distintas de la ley del
foro, pero concuerda con otras que optan por la misma solución<sup>344</sup>.

Entre estas condiciones de fondo hay que señalar, en especial, la relativa al sexo de los contrayentes, al que ya se ha hecho alusión y al contenido de su consentimiento. Es este segundo aspecto de suma importancia, puesto que no es infrecuente que haya sido considerado tradicionalmente como vinculado indisolublemente a la ley personal de cada contrayente<sup>345</sup>. En un plano estrictamente lógico el consentimiento matrimonial, como requisito nuclear del matrimonio, sólo puede ser uno. Es decir, aquello que los contrayentes acuerdan no es otra cosa que constituir una unión con sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal. Y esas reglas sólo pueden ser unas y no plurales. Resulta un atentado a la lógica concebir la prestación del consentimiento matrimonial como una realidad asimétrica en la que cada uno de los contrayentes pueda consentir algo distinto de lo que consiente el otro, en función de que el consentimiento de uno se somete a su ley personal y el del otro a la suya. Ello no es posible. Es una especie de residuo tradicional de la fuerza expansiva de la ley personal que carece de fundamento. Así pues, el consentimiento matrimonial es unívoco y es el que prevé la ley de Caribe vinculado a su concepto de matrimonio.

251. Ello también es extensible a los posibles vicios del consentimiento y al más común problema del matrimonio celebrado mediante una simulación en el consentimiento. Los llamados matrimonios simulados son aquellos en los que la voluntad de los contrayentes no coincide con el consentimiento matrimonial manifestado. Las razones de esta práctica son múltiples, aunque entre ellas sobresalen las relacionadas con un intento de defraudar las normas sobre adquisición de la nacionalidad o las normas sobre la situación de extranjería de una persona. El control de este

<sup>&</sup>lt;sup>343</sup>Vid. la clásica cita de L. Raape, "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 50 (1934–IV), pp. 399–544, p. 511, donde con la locución "mariage vaut mariage" se venía postular un concepto único y universal de matrimonio que, sin duda, hoy no existe.

<sup>&</sup>lt;sup>344</sup>En Cuba se aplica simplemente el Derecho cubano (*vid.* art. 13.1° y Disposición Especial Primera del Cc).

<sup>&</sup>lt;sup>345</sup> Consentimiento: Código de Bustamante art. 36 ley personal; *id*. Guatemala.

tipo de situaciones suele ser eminentemente fáctico y, en muchos casos, ajeno a una concreta normativa: se constata que los contrayentes (o los cónyuges, si la verificación se realiza *a posteriori*) no se conocían antes del matrimonio, no tuvieron ningún tipo de relación, no han convivido ni antes ni después de la celebración del matrimonio, etc., y de ello se deduce que hubo simulación. Sin embargo, un correcto tratamiento del tema exige una más escrupulosa verificación de la simulación, teniendo en cuenta, sobre todo, el hecho de que no está en tela de juicio un mero negocio jurídico sino uno que representa el ejercicio del *ius connubi*. Desde ese punto de vista, la existencia de reglas fijas o de meras presunciones con un mayor o menor grado de previsibilidad hace precisa la identificación de una ley aplicable más allá de la valoración meramente fáctica. En el caso del art. 29 que analizamos es la ley del foro para los supuestos de los matrimonios celebrados o por celebrar ante la autoridad de Caribe.

252. Concluye este artículo con una norma sobre el reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero. A pesar de la apariencia, se trata de una genuina norma de reconocimiento (y no de ley aplicable) que plantea un generoso abanico de posibilidades orientadas hacia la consideración de la validez del matrimonio con preferencia a su ineficacia. Mientras que en el matrimonio celebrado ante las autoridades de Caribe la regla es la aplicación de la ley del foro salvo en lo que atañe a la capacidad, tratándose de la validez de un matrimonio celebrado ante autoridades extranjeras, la norma se orienta hacia la validez del matrimonio mediante una triple posibilidad articulada de forma alternativa. El matrimonio es válido si se ajusta a la ley del lugar de celebración. La referencia es a una sola ley aunque pueden tenerse en cuenta sus normas de Derecho internacional privado. No tratándose propiamente de una aplicación de la ley del lugar de celebración por parte de las autoridades de Caribe, no es pertinente la regla de exclusión del reenvío prevista en esta ley<sup>346</sup>. De este modo, un matrimonio celebrado en el extranjero que sea válido aplicando la ley local y la ley personal para la capacidad por prescripción del propio sistema de Derecho internacional privado de la ley local habrá de reputarse válido para Caribe.

Y otro tanto puede decirse de las dos alternativas que se articulan al lado de la ley local il manque "y"? extranjera: dos alternativas que pueden, según los casos, ser cuatro: la ley nacional de cada uno de los cónyuges y la ley del domicilio de cada uno de ellos. Se vuelve a tratar en este caso de una condición de reconocimiento que en vez de establecerse de forma unilateral por el Derecho de Caribe, se remite a todo un ordenamiento competente: si el matrimonio es válido para cualquiera de esas leyes, cualquiera que sea la ley o leyes aplicadas de forma efectiva a su celebración, el matrimonio ha de reputarse válido en Caribe. Es una generosa respuesta a los problemas que pueden plantearse con matrimonios claudicantes (válidos en un lugar e inválidos en otro) bajo el prisma de la estabilidad del estado civil y del derecho al respeto de la vida personal y familiar, así como al *ius connu-bi*. En todo caso, justo es recordar que este reconocimiento, por generoso que se plantee, no puede conceder eficacia a supuestos contrarios al orden público de Ca-

<sup>&</sup>lt;sup>346</sup>Vid. infra, art. 67 de la presente Ley.

ribe, en cuya determinación vuelve a tener un papel importante (falto de una normativa específica sobre el tema) la interdicción de matrimonios simulados.

Art. 30. Relaciones personales entre los cónyuges. Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por la ley del domicilio conyugal común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio; a falta de dicho domicilio, por la ley de la nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio y, en su defecto, por la ley del lugar de celebración del matrimonio.

253. De un matrimonio válido surgen un haz de relaciones variado y heterogéneo. Algunas son esencialmente patrimoniales, mientras que otras no pueden recibir tal calificación. Entre estas las hay de distinta índole: efectos sobre los apellidos de los cónyuges o de alguno de ellos, efectos sobre el régimen de la filiación de los hijos habidos con anterioridad (v.gr., legitimación por subsecuente matrimonio) o por haber (presunciones de paternidad del marido de la madre), obligaciones (al menos formales), de convivencia, respeto mutuo, fidelidad, ayuda, etc. Alguno de estos efectos tiene su propio régimen jurídico en cuanto a la normativa aplicable: así, v.gr.,, el régimen del nombre de las personas físicas ser regulará, como ya hemos visto, por la ley establecida en el art. 25 de la Ley; mientras que la filiación se regirá por lo prescrito en el art. 35. Otro tanto podemos decir de las relaciones patrimoniales a las que se refiere el art. 31 de la presente Ley. Tanto la norma de conflicto reguladora de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges como la reguladora de las relaciones patrimoniales son preceptos genéricos (el primero más que el segundo) que ceden frente a los más específicos a que nos referi $mos^{347}$ .

Desde un punto de vista de optar por criterios de conexión concretos, debe ponerse de manifiesto que en los ordenamientos jurídicos modernos que conciben el matrimonio como directa expresión de la voluntad de los cónyuges como personas autónomas y auto—responsables, siendo esta voluntad la determinante de su propia convivencia, la categoría de relaciones personales del matrimonio, como comprensiva de derechos y obligaciones impuestos por la ley, es ciertamente cuestionable<sup>348</sup>. Mas no debe perderse de vista que una ley de Derecho internacional privado ha de tener en cuenta toda una constelación de situaciones y concepciones distintas que puedan presentarse en el foro de no importa qué ordenamiento jurídico extranjero.

<sup>&</sup>lt;sup>347</sup> CONC.: Art. 48 Ley DIPr suiza; art. 3089 (Cc Quebec); art. 48 Código DIPr belga; art. 29 Ley DIPr italiana; art. 18 Ley DIPr austriaca; art. 51-53 Ley DIPr polaca; art. 28 Proyecto dominicano; art. 43 Proyecto boliviano; art. 24 Proyecto uruguayo.

<sup>&</sup>lt;sup>348</sup> M. Amores Conradi, "Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicos de reglamentación", *ADC*, vol. 40, n° 1, 1987, pp. 89–138.

254. En este sentido, sea más o menos amplio el ámbito de aplicación del art. 30, no podemos dejar de señalar que tiene una importancia singular, puesto que constituye una especie de estatuto general o ley aplicable al fondo del matrimonio con trascendencia potencial en cuestiones como la disolución del mismo por declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o, incluso, en supuestos en los que haya de interpretarse una causa de separación o divorcio, allí donde la ley aplicable sea causalista. En efecto, la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges regulada por su ley personal -la de su domicilio, de conformidad con el art. 26 de la presente Ley- regulará las condiciones para que tal declaración pueda producirse<sup>349</sup>, pero los efectos sobre otras relaciones jurídicas es más discutible que puedan quedar sin más bajo el amparo de aquella ley. Una de esas cuestiones es la de la disolución del vínculo matrimonial que el declarado fallecido poseía. No parece muy respetuoso con la igualdad que ha de presidir el matrimonio, desde su celebración hasta su disolución o extinción, que sea la ley personal del declarado fallecido la que decida unilateralmente sobre si ello supone y bajo qué circunstancias la disolución del vínculo matrimonial: ¿cuál su legitimidad cuando la regulación es, por ejemplo, distinta de la ley personal del otro cónyuge? Tampoco, obviamente, sería justo que fuese precisamente la ley personal del cónyuge "presente" la definitoria de esta cuestión. Una ley neutra y estrechamente vinculada al matrimonio sería la opción óptima: la ley reguladora de las relaciones personales entre los cónyuges es esa ley.

Algo parecido podemos describir en relación con el segundo ejemplo. En aquellos casos en los que la ley aplicable al divorcio, de conformidad con el art. 33 de la Ley posea un contenido material que haga referencia a alguna de las obligaciones conyugales típicas como causal del divorcio, al intérprete se le exige que interprete tales causales y se le abren dos posibilidades: hacerlo sin más, conforme a la ley aplicable al divorcio, o introducir a modo de interpretación lo dispuesto por otra ley: la ley reguladora de las relaciones entre los cónyuges. El art. 154.2° del Código civil de Colombia nos proporciona un ejemplo paradigmático cuando establece como causal "El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres." Efectivamente, siendo la ley rectora del divorcio la colombiana, pero la ley rectora de las relaciones personales entre cónyuges una distinta ¿cuál es la que nos determinará el contenido de esos deberesimpuestos por ministerio de la ley? No es descabellado pensar que sean precisamente los que rigen las relaciones personales entre los cónyuges; los que los cónyuges conocen y a los que ajustan su comportamiento, aunque otra haya de ser la ley rectora del divorcio.

255. El art. 30 se constituye en este contexto, como un precepto que identifica la ley presuntamente más próxima al matrimonio. Utiliza para ello tres conexiones subsidiarias o en cascada que reflejan distintos criterios de proximidad. Sin duda ninguna, la ley del domicilio conyugal común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio es la más estrechamente vinculada con él pues no en vano coincide con la ley personal de ambos cónyuges. En ausencia de esta ley, es decir,

<sup>&</sup>lt;sup>349</sup>Vid. supra, comentario al **art. 26** de la presente Ley.

cuando los cónyuges tienen un domicilio distinto tras la celebración del matrimonio, la regla opta por la ley nacional común en el momento de la celebración. De nuevo se trata de una ley próxima, teniendo en cuenta la ausencia de domicilio común y teniendo en cuenta que en términos de ley personal, la nacionalidad es la alternativa natural al domicilio<sup>350</sup>. En los supuestos en los que las peculiaridades del matrimonio determinen que no exista ni domicilio común inmediatamente posterior almatrimonio, ni nacionalidad común en el momento de su celebración, se opta por que las relaciones entre cónyuges se rijan por la ley del lugar de celebración. No es esta, claramente, una ley estrechamente vinculada al matrimonio. El lugar de celebración puede ser en muchos supuestos meramente casual o aleatorio, mas como conexión de cierre ante un grado de internacionalidad tan importante como el del matrimonio concreto (diferente nacionalidad de los cónyuges y diferente domicilio) cumple la función de otorgar la suficiente seguridad jurídica.

Debe retenerse, en último lugar, que con el fin de evitar los problemas derivados de un eventual conflicto móvil, es decir, el cambio ocasional de la circunstancia (domicilio, nacionalidad) que determina la ley aplicable, el art. 30 localiza temporalmente estas leyes en el momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio (domicilio común) o en el momento de la celebración (nacionalidad común). De esta manera, la ley rectora de las relaciones personales entre cónyuges se conocerá y será la misma desde la celebración del matrimonio, sin que un cambio en las aludidas circunstancias pueda modificarla. Aunque esta circunstancia pueda introducir un cierto grado de rigidez en la solución, la estrecha vinculación que se produce entre este precepto y el siguiente, relativo a las relaciones patrimoniales en el matrimonio, aconseja la solución rígida y previsible. Esta rigidez también se ve mitigada por la evolución de los distintos sistemas internos que se van orientando hacia soluciones basadas menos en normas de imperativo cumplimento y más en la capacidad de los cónyuges para autorregular sus relaciones en función de sus intereses comunes.

- Art. 31. Relaciones patrimoniales en el matrimonio. 1. Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regirán por cualquiera de las leyes siguientes, elegidas por los contrayentes antes de la celebración del matrimonio:
- i) la ley de la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes el momento de la designación;
- ii) la ley del domicilio de cualquiera de los contrayentes en el momento de la designación;
- iii) la ley del domicilio de cualquiera de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

<sup>&</sup>lt;sup>350</sup> Y que sigue siendo ley personal en distintos sistemas de la zona OHADAC: en los Departamentos y Colectividades Territoriales franceses en el espacio del Caribe, como consecuencia de la herencia francesa; *vid.* también la solución de Cuba y la República Dominicana.

La elección de cualquiera de estas leyes deberá ser expresa y constar por escrito y se referirá a la totalidad del patrimonio conyugal.

- 2. A falta de una tal elección, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por la ley aplicable a las relaciones personales de conformidad con el art. 31 de la presente ley.
- 3. Los cónyuges podrán convenir por escrito durante el matrimonio someter su régimen matrimonial la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos.

Esta elección no podrá perjudicar los derechos de terceros.

- 4. La ley rectora de las relaciones patrimoniales entre cónyuges de conformidad con los apartados anteriores, sea elegida o no, será la aplicable hasta que los cónyuges no hayan elegido válidamente una nueva ley, con independencia de los posibles cambios en la nacionalidad o el domicilio de cualquiera de ellos.
- 256. Como ya se señaló en el comentario al art. 30, el concepto de relaciones patrimoniales entre los cónyuges tiene una naturaleza genérica y, consecuentemente, una gran amplitud en cuanto a su ámbito de aplicación. El haz de relaciones patrimoniales entre los cónyuges incluye las obligaciones de socorro y auxilio que se traducen en obligaciones alimenticias, constante el matrimonio o como consecuencia de una relajación o ruptura del vínculo matrimonial; el régimen matrimonial primario, regulador de temas tan importantes como la contribución a las cargas ordinarias del matrimonio, el deber de asistencia mutua, la solidaridad por las deudas asumidas para el sostenimiento común del matrimonio, reglas sobre la vivienda conyugal, etc.; también comprende los derechos sucesorios de índole patrimonial que pueda tener el cónyuge supérstite y, fundamentalmente, el llamado régimen económico del matrimonio. Algunas de estas relaciones poseen su propia ley aplicable: es el caso de las obligaciones alimenticias y de los derechos sucesorios, sometidos ambos a lo dispuesto en los arts. 41 y 42-43, respectivamente. Otras, como la relativa al régimen económico matrimonial, son el núcleo fundamental del presente artículo<sup>351</sup>. En cuanto al régimen matrimonial general o primario, resulta común que el fuerte carácter de orden público de sus normas conduzca a una aplicación territorial del mismo.
- **257.** La estructura de las soluciones contempladas por el precepto comentado. 31 es próxima a la del Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales<sup>352</sup> que está en vigor en distintos departamentos y territorios

<sup>&</sup>lt;sup>351</sup> CONC.: Arts. 52 a 57 Ley DIPr suiza; arts. 3122-3124 (Cc Quebec); arts. 49 a 54 Código DIPr belga; art. 30 Ley DIPr italiana; art. 41 Ley DIPr panameño; art. 19 Ley DIPr austriaca; art. 29 Proyecto dominicano; art. 44 Proyecto boliviano; art. 25 Proyecto uruguayo; arts. 51 a 58 Proyecto mexicano; arts. 23 a 27 Proyecto colombiano; el art. 22 Ley de DIPr venezolana ha renunciado a integrar esta visión moderna de la autonomía conflictual.

<sup>&</sup>lt;sup>352</sup> G.A.L. Droz, "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (Entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 631 *et seq.*; A. Bonomi, M. Steiner (eds.), *Les ré*-

de Caribe en función de su participación en las obligaciones internacionales de la metrópoli<sup>353</sup>. De esta manera, al igual que el referido convenio la Ley parte de un reconocimiento esencial de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como criterio regulativo primario. No sólo es el que en mayor medida responde a la garantía de previsibilidad y seguridad jurídica, sino que combinado con otras posibilidades de elección de ley, como por ejemplo la prevista en materia de ley aplicable a los derechos sucesorios, puede servir para consolidar una unidad de ley aplicable muy deseable entre la ley sucesoria (rectora de los derechos que por ministerio de la ley le corresponden al cónyuge supérstite) y la ley rectora del régimen económico. Con ello se evitaría un eventual problema de inadaptación o desajuste bien conocido de la práctica comparada<sup>354</sup>.

258. La elección de ley puede realizarse en cualquier momento antes de la celebración del matrimonio y constante el mismo, bien para modificar una elección anteriormente realizada, bien para modificar la ley que resultare aplicable hasta ese momento de conformidad con la remisión que el art. 31.2° hace a la ley reguladora de las relaciones personales. Sin embargo, el alcance de la elección es distinto, ya se haga antes de la celebración del matrimonio ya con posterioridad. En el primero de los casos, el abanico de posibles leyes elegibles es mayor. Aunque siguen siendo leyes personales (la del domicilio o la de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges), su determinación temporal hace que cuando la elección de ley se hace antes de la celebración del matrimonio quepa elegir tanto la nacionalidad o domicilio *actual* de cualquiera de los contrayentes, como su domicilio *futuro* tras la celebración. Responde esta idea a los posibles cambios que puede conllevar el matrimonio.

La opción de elegir una ley futura posibilita que los contrayentes sometan sus relaciones patrimoniales, por ejemplo, a la ley de un futuro domicilio donde ambos (o uno de ellos de forma inmediata en espera del otro) localizarán su centro de vida o uno de sus centros de vida. Ciertamente, la elección de una ley futura (e incierta) siempre plantea la duda de su perfección: si se elige la ley del futuro domicilio de uno de los contrayentes y circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad de los cónyuges determinan un cambio de planes, ¿es válida la elección? La Ley opta por una solución fáctica. La elección no recae sobre un futuro domicilio planteado o deseado sino sobre uno que llega a ser real y efectivo, aunque no tiene por qué ser establecido de forma absolutamente inmediata. La propia filosofía de la elección en función de las circunstancias del cambio que implica la celebración del matrimonio hace que la elección resulte eficaz cuando uno de los cónyuges cambia al domicilio elegido dentro de un plazo prudencial tras la celebración del matrimonio. Si esto no sucede, la elección no tendrá efectos y la ley aplicable en ausencia elección regirá los efectos patrimoniales del matrimonio.

gimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé. Actes du Colloque de Lausanne du 30 septembre 2005, Ginebra, Librairie Droz, 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>353</sup>Vid. los sistemas vinculados a la herencia francesa.

<sup>&</sup>lt;sup>354</sup>Vid. la monografía de E. Zabalo Escudero, La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional, Aranzadi, Pamplona, 1993.

También existe otra diferencia entre la elección efectuada antes de la celebración del matrimonio y la operada con posterioridad. En esta segunda, la elección no puede afectar a los derechos de terceros, de acuerdo con la ley que venía siendo aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Uno de los problemas que frecuentemente se plantean en relación con la sucesión de dos leyes aplicables al mismo supuesto de hecho es, precisamente, el de la determinación de su ámbito de aplicación o, siendo más precisos en el caso regulado por este art. 31, el de la eventual retroactividad de la nueva ley. El párrafo 4º, como se verá, no resuelve directamente esta cuestión. La lógica de la autonomía de la voluntad aconseja dejar en mano de los cónyuges la determinación de esa "retroactividad" potencial de la nueva ley, pero, en todo caso, los derechos de terceros no podrán verse afectados, ni pro pasado, ni pro futuro. En el caso de que los cónyuges nada decidan, la lógica de la norma indica que cada ley aplicable tendrá un ámbito temporal de aplicación cerrado desde que está en vigor, la primera desde la celebración del matrimonio, hasta que deja de estarlo, en los supuestos ordinarios, por elección de la nueva ley.

Ello no significa que exista una total incomunicación entre las potenciales sucesivas leyes aplicables. Es casi imposible la compartimentación incomunicada entre ambas desde el momento en que se aplican a un mismo patrimonio de manera continuada: no es descartable por ejemplo que tras la vigencia de la nueva ley, con un posible cambio en el régimen económico matrimonial que venía rigiendo hasta entonces, uno de los cónyuges adquiera un bien utilizando tanto bienes adquiridos bajo el anterior régimen como bienes adquiridos bajo el nuevo. Resulta realmente difícil evitar este tipo de problemas de inadaptación o desajuste entre regímenes distintos aplicables de forma sucesiva. En la práctica, ante una disolución y liquidación del régimen económico como consecuencia de, por ejemplo, el divorcio o la muerte de uno de los cónyuges, lo más adecuado en los supuestos de sucesivos regímenes será proceder a una especie de liquidación retrospectiva del régimen al día del cambio de ley, a tener en cuenta los resultados de esa liquidación para conocer el estado de cosas al comenzar el nuevo régimen y, finalmente, liquidar este segundo.

259. Un supuesto no contemplado específicamente por la norma es el de la revocación de un acuerdo sobre ley aplicable sin su sustitución por un nuevo acuerdo. El supuesto será extraordinariamente infrecuente, aunque no puede descartarse. En este caso, la ley objetivamente aplicable, ley reguladora de los efectos personales del matrimonio, pasaría automáticamente a ser la rectora de los efectos patrimoniales y, consecuentemente, determinaría el régimen económico matrimonial.

Todos los acuerdos sobre elección de ley, ya sean anteriores a la celebración del matrimonio ya concluidos durante la vigencia del mismo, han de ser expresos, constar en forma escrita y referirse a la totalidad del patrimonio conyugal, por lo que no cabe una elección parcial. La diferencia de redacción entre el art. 31.1° *in fine* y el art. 31.3° de la Ley no implica que en el supuesto de este segundo no se exija también el carácter expreso y unitario o completo de la elección. Su admisibilidad viene directamente proporcionada por esta Ley y su posible tacha de ineficacia se resolverá de conformidad con la ley personal de cada uno de los contrayentes

o cónyuges, si se tratase de un problema de capacidad, o de acuerdo con la ley elegida en otro caso.

260. Hay que tener presente que la elección de ley regulada en los distintos párrafos del art. 31 de la Ley no ha de confundirse con la posibilidad que los cónyuges tienen para regular material o sustantivamente su régimen económico mediante la elección del que estimen conveniente o mediante la celebración de capitulaciones en las que, además de la determinación del régimen económico matrimonial, regulen con el detalle que estimen conveniente, cualquier tipo de cuestión relacionada con el gobierno del patrimonio matrimonial. Este tipo de acuerdos sustantivos dependerán, tanto en su admisibilidad cuanto en el alcance de su contenido, de lo que diga la ley aplicable que señale el art. 31 de la Ley mediante cualquiera de sus párrafos. Así, si los cónyuges deciden en capitulaciones matrimoniales elegir como régimen económico de su matrimonio el de gananciales, o el de separación de bienes o el de participación en las ganancias, esta elección será fiscalizada por la ley rectora de las relaciones patrimoniales. Ello no significa necesariamente que haya de elegirse un régimen económico especialmente previsto por esa ley, sino solamente que es la ley determinada por el art. 31 la que servirá para medir la validez del pacto.

**261.** El último párrafo del art. 31 de la Ley establece de forma didáctica que la aplicación de una determinada ley rectora de los efectos patrimoniales llega hasta que es sustituida por otra como consecuencia del ejercicio de la autonomía conflictual de los cónyuges, sin que ningún cambio en otro tipo de circunstancias pueda alterar dicha ley. En otras palabras, sólo la voluntad de los cónyuges puede alterar la ley rectora de sus relaciones patrimoniales y sólo lo hará desde el momento en que ese acuerdo rija.

Art. 32. Nulidad del matrimonio. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de la presente ley, las causas de nulidad del matrimonio y sus efectos se regirán por la ley aplicable a su celebración.

262. La nulidad del matrimonio es un remedio que el ordenamiento jurídico prescribe para determinados supuestos en los que falta un presupuesto del concepto mismo del matrimonio (sexo de los contrayentes, exclusividad bilateral), o se han vulnerado impedimentos dirimentes (consanguinidad, orden religioso, adopción, crimen...) o esenciales requisitos de forma han estado ausentes en la celebración (autoridad competente, testigos...). Esta ejemplificación alerta de que los requisitos que pueden determinar la nulidad del matrimonio son plurales y pueden variar —de hecho varían— de un ordenamiento jurídico a otro. Incluso el propio concepto de nulidad es igualmente plural, encontrándonos con tipos distintos de la misma dentro de un mismo ordenamiento jurídico (nulidad absoluta o nulidad relativa, por

ejemplo en Venezuela; nulidad absoluta, anulabilidad absoluta y anulabilidad relativa, por ejemplo en Bolivia) o un solo concepto de nulidad.

El ámbito de aplicación cubierto por el presente artículo se refiere a todos los supuestos en los que el matrimonio se puede ver afectado por su ineficacia, distintos de la declaración de separación judicial o de divorcio<sup>355</sup>. El término nulidad se emplea, así, en un sentido amplio para referirse a las consecuencias del incumplimiento o mera no concurrencia de determinados requisitos que acompañan a la celebración del matrimonio y a cuestiones esenciales al mismo y que pueden determinar tanto su inexistencia, cuanto su nulidad o su anulabilidad en distintos grados, con potenciales distintas denominaciones.

**263.** Aunque el precepto se refiere exclusivamente a las causas y los efectos de la nulidad, hay que tener en cuenta que detrás de esta descripción se hallan también aspectos como los relativos a la legitimación para la interposición de la correspondiente acción. Legitimación que está estrechamente ligada a cada tipo de ineficacia que se pretende: así resulta común que la legitimación sea más amplia (cualquier interesado, Ministerio Público...) cuanto más grave sea el vicio o ausencia de requisito determinante de la nulidad (nulidad radical o absoluta, inexistencia del matrimonio); y más restringida cuanto menos grave sea dicho requisito y más próximo se encuentre de los conceptos de nulidad relativa, anulabilidad o incluso anulabilidad relativa. Otro tanto cabe señalar del carácter confirmable o subsanable del vicio y del carácter prescriptible de la acción para hacer valer la nulidad o anulabilidad. Se trata de cuestiones que se rigen también por la ley determinada por el artículo que analizamos, como cuestiones de fondo que son. No ocurre lo mismo con la eventual intervención del Ministerio Público cuando así lo prevea la ley de Caribe con genérica referencia a las acciones de naturaleza civil en que esté interesado el orden público y las buenas costumbres o con específica referencia a los procesos matrimoniales. La calificación de esta intervención ha de reputarse esencialmente procedimental y no de fondo, calificación esta última que, por otro lado, sería especialmente problemática en términos estrictamente prácticos.

**264.** Pasando a la solución concreta de ley aplicable, el art. 32 de la Ley consagra una solución simple, razonable en cuanto a la esencia de la nulidad matrimonial y común en el Derecho comparado: la ley rectora de la validez del matrimonio, que no es otra que todas aquellas que están llamadas real o potencialmente a disciplinar esta validez<sup>356</sup>. Ello obliga a distinguir, de nuevo, entre los matrimonios celebrados en Caribe y los matrimonios celebrados en el extranjero.

En el caso de los primeros, es la ley del domicilio de cada uno de los cónyuges la que nos dirá si el matrimonio se ha celebrado con infracción de algún requisito de capacidad que determine algún grado de ineficacia del matrimonio, quién puede

<sup>&</sup>lt;sup>355</sup> CONC.: Art. 30 Proyecto dominicano; arts. 64 y 65 Proyecto mexicano.

<sup>&</sup>lt;sup>356</sup> Es, por ejemplo, la solución genérica que prevé el Código de Bustamante en su art. 47: "La nulidad del matrimonio debe regularse por la misma ley a que esté sometida la condición intrínseca o extrínseca que la motive". Sin perjuicio de ello, el Código plantea adicionales previsiones específicas.

hacerlo valer, durante cuánto tiempo, su eventual convalidación, etc.<sup>357</sup>. El resto de los aspectos potencialmente relevantes (autoridad competente, forma, consentimiento, presupuestos sustanciales del matrimonio, etc.) quedan bajo la aplicación de la ley de Caribe.

Los matrimonios celebrados en el extranjero sin embargo sujetan su validez, como hemos visto, a un esquema muy potente de *favor matrimonii*<sup>358</sup>. Por esta razón la determinación de la ley aplicable a la nulidad matrimonial se articula de forma distinta: la causa de nulidad prevista por una de las leyes potencialmente aplicables a la validez del matrimonio no es por sí misma relevante, si es desconocida por cualquier otra: que el matrimonio sea nulo para la ley del domicilio o de la nacionalidad del marido, por ejemplo, no determinar su nulidad y la ley de la nacionalidad de la esposa o la de su domicilio no prevé dicha nulidad. En otras palabras, la fortaleza del *favor matrimonii* en los matrimonios celebrados en el extranjero sólo decae en materia de nulidad cuando ninguna de las leyes potencialmente aplicables considere válido el matrimonio.

265. Esta última constatación nos lleva a plantear uno de los problemas interpretativos más comunes en materia de ley aplicable a los efectos de la nulidad matrimonial: la existencia de una pluralidad de leyes que prevén dicha nulidad. Mientras que este dato puede no ser relevante a los efectos de la constatación de la nulidad (un matrimonio es nulo tanto si dicha nulidad está prevista por una ley determinada como si está prevista por dos leyes distintas), sí lo es cuando se trata de determinar sus efectos y los efectos son distintos en cada ley potencialmente aplicable. Esta circunstancia se daría siempre y en todo caso en los supuestos de declaración de la nulidad de matrimonios celebrados en el extranjero (pues su validez no está amparada ni por la ley de celebración, ni por las leyes personales de los cónyuges, ni por las de su nacionalidad), pero también puede ocurrir con los matrimonios celebrados en Caribe, cuando, por ejemplo, haya vicios conducentes a la nulidad tanto previstos por la ley de Caribe, cuanto por la ley personal de alguno de los cónyuges (o de ambos). ¿Cuál es la ley rectora de los efectos de la nulidad en estos casos? Ciertamente, podría pensarse en una ley rectora de la propia nulidad y una distinta rectora de sus efectos <sup>359</sup>, o que, sencillamente, la categoría de efectos de la nulidad no tiene entidad propia a la vista de que raramente podrá identificarse un efecto que no esté sometido a una ley especialmente considerada<sup>360</sup> pero ninguna de las opciones es una solución que expresamente asuma la Ley que ahora se analiza.

La respuesta a la pregunta planteada y, consecuentemente, su trascendencia presupone una opción sobre la delimitación entre el ámbito de aplicación del art. 33 y el resto de los preceptos que pueden resultar igualmente de aplicación: ley aplicable a la filiación respecto de las consecuencias para los hijos del matrimonio; ley aplicable a los alimentos, respecto de obligaciones alimenticias (tanto respecto de los hijos, cuanto, eventualmente, respecto del que fue cónyuge), ley aplicable al

<sup>&</sup>lt;sup>357</sup>Vid. supra, comentario al art. 29.2º de la presente Ley.

<sup>&</sup>lt;sup>358</sup>Vid. supra, comentario al art. **29.3º** de la presente Ley.

<sup>&</sup>lt;sup>359</sup>Vid., v.gr., el art. 50 del Código de Bustamante.

<sup>&</sup>lt;sup>360</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, p. 430.

régimen de los apellidos cuando éstos dependan o puedan depender de la existencia de un matrimonio, ley aplicable a los derechos sucesorios, etc. La regla ha de ser que estos estatutos especiales se rijan por su propia ley. Esta opción por la especialidad es la regla que gobierna en general las relaciones entre las distintas normas de conflicto de esta Ley.

Dicho esto, no hay que considerar baladí la reglamentación del art. 32. En primer lugar, porque no es descartable que alguno de los efectos pretendidos no sea claramente encajable en las normas de conflicto a disposición en esta Ley. Y, en segundo lugar, porque en ocasiones existe un vínculo expreso entre la ley rectora del efecto y la de la propia nulidad. Es lo que ocurre con lo dispuesto en el art. 40.3° de la presente Ley: "La ley aplicable a la nulidad matrimonial, separación conyugal y divorcio, regirá las obligaciones alimenticias resultantes de tales situaciones". En este caso, la pluralidad de leyes aplicables a la nulidad matrimonial presenta un problema real que no es de fácil de resolver en términos estrictamente formales: una opción, fundamentada en el principio del favor matrimonii (descartado, por otro lado, por la propia nulidad) sería preferir aquella de las leyes en presencia que más "efectos" conservase del matrimonio. En el caso que nos ocupa, la que concediese alimentos en detrimento de la que no los concediese. No obstante, si tenemos en cuenta que la norma que ahora interpretamos (art. 40.3º de la Ley) no está condicionada por ningún tipo de favor creditoris, sino todo lo contrario, otra opción, quizá más fiel a la finalidad de dicha norma, sería aplicar la ley más estrechamente vinculada con los excónyuges.

- Art. 33. Divorcio y separación judicial. 1. Los cónyuges podrán convenir por escrito antes o durante el matrimonio en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:
- i) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su domicilio común en el momento de la celebración del convenio;
- ii) la ley del Estado del último lugar del domicilio conyugal, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;
- iii) la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio.
- 2. En defecto de elección, se aplicará la ley del domicilio común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; en su defecto, la ley del último domicilio conyugal común siempre que al menos uno de los cónyuges aún resida allí; en su defecto, la ley caribeña.
- 3. Una vez presentada la demanda, los cónyuges podrán decidir que la separación conyugal o el divorcio se rijan por la ley caribeña.
- **266.** La determinación de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial está presidida por dos de los principios esenciales que gobiernan las soluciones de

la Ley en materia de persona, familia y sucesiones: la importancia de la autonomía de la voluntad, por un lado, y, en su ausencia, la aplicación de una ley estrechamente vinculada con el supuesto, partiendo, en primer lugar, de la ley personal o ley del domicilio de las personas físicas<sup>361</sup>.

En esta estructura, la primera opción es la concesión a los cónyuges de la posibilidad de que elijan la ley aplicable a su divorcio y/o separación. En un contexto internacional en el que la movilidad de las personas se ha convertido en algo trivial y en un contexto socio familiar en el que el matrimonio ha experimentado una profunda metamorfosis, siendo las crisis matrimoniales, (nulidad, pero, sobre todo, separación y divorcio) una realidad cotidiana, uno de los más evidentes objetivos que ha de asegurar la selección de la ley aplicable es encontrar el equilibrio adecuado entre la flexibilidad y la seguridad jurídica para los cónyuges. La autonomía de la voluntad es el instrumento óptimo. Por un lado, permitir que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio oseparación judicial la de un país con el que tengan una cierta vinculación los coloca en un confortable marco jurídico al abrigo de sorpresas que deriven de la aplicación de una ley no esperada o imprevista. Por otro, la flexibilidad que la autonomía de la voluntad ofrece hace que un cambio de circunstancias en la vida conyugal o familiar pueda ser asumido y tratado convenientemente a través de un cambio en la selección de la ley aplicable. En este sentido, razones prácticas aconsejan que el convenio de designación de la ley aplicable pueda celebrarse y modificarse a más tardar en la fecha en la que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional. Tras este momento la elección sólo podrá efectuarse a favor de la ley de Caribe; ley del tribunal que esté conociendo del caso<sup>362</sup>.

**267.** Esta posibilidad de elección tiene que basarse en una elección informada, no meramente casual o presunta; una elección bilateral porambos cónyuges, de tal manera que cada uno de ellos sepa exactamente cuáles son lasconsecuencias jurídicas, económicas y sociales de la elección de la ley aplicable. La elección de común

<sup>&</sup>lt;sup>361</sup> CONC.: Art. 61 Ley DIPr suiza; art.3090 (Cc Quebec); arts.55 a 57 Código DIPr belga; art. 31 Ley DIPr italiana; art. 54 Ley DIPr polaca; art. 43 Código DIPr panameño; art. 20 Ley DIPr austriaca; art. 31 Proyecto dominicano; arts. 60-63 Proyecto mexicano; art. 48 Proyecto boliviano; art. 26 Proyecto uruguayo; Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

<sup>&</sup>lt;sup>362</sup> La conjunción entre elección de ley (ciertamente limitada de forma apriorística a un elenco predeterminado) y ley aplicable en defecto de elección es claramente una respuesta moderna que puede encontrarse tanto en la más reciente normativa de la Unión Europea como en textos nacionales que terminan afectando a países y territorios de Caribe. *Vid.* en tal sentido el Reglamento (UE) nº 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (arts. 5 y 8 principalmente) que afecta a los Departamentos y territorios de herencia francesa (*vid.* el Informe sobre la herencia francesa y téngase en cuenta la matización que allí se hace sobre Saint–Barthélemy que salió del territorio UE al 1 de enero de 2012: debe recordarse que este Reglamento entró en vigor el 30 de diciembre de 2010, aunque no fue de aplicación hasta el 21 de junio de 2012). Vid. también, en relación con algunos territorios sujetos a la herencia holandesa, el art. 10.56 del Código civil neerlandés. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, "La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 7912, 2002.

acuerdo de la ley aplicable ha de ser, además, libre y estar ausente de cualquier tipo de error o coacción, sin que pueda afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges. En este sentido, parece razonable limitar de forma apriorística el elenco de leyes potencialmente elegibles en torno a las leyes personales de los cónyuges: la del común domicilio en el momento de la conclusión del acuerdo de elección de ley; la del último domicilio conyugal si uno de los cónyuges aún reside allí en el momento de la conclusión del acuerdo y la ley de la nacionalidad común si los dos anteriores criterios no son aplicables. Nótese que la alusión al último domicilio conyugal ha de referirse, en función de la sistemática del precepto, al último domicilio común. Nótese también que las leyes potencialmente elegibles se localizan temporalmente en el momento de la elección; es decir, es posible que los cónyuges hayan tenido un domicilio común durante gran parte de su vida matrimonial, pero durante ese tiempo no optaron por elegir tal ley a su separación o divorcio, dicha posibilidad decae cuando desaparece el domicilio común.

Otro dato a tener en cuenta en este mismo sentido es no solo que la Ley no abre ilimitadamente la posibilidad de elección sino que los límites impuestos están abriendo la elección a leyes realmente muy próximas. Se ha optado por realizar una oferta de leyes realmente próximas, pero todas ellas vinculadas a *ambos cónyuges* en presente o en pasado (*v.gr.*, referencia al último domicilio conyugal), de tal manera que cuando no concurran ninguno de los criterios que se ofrecen (los cónyuges no tienen domicilio común, ninguno sigue residiendo en el domicilio común que tuvieron y poseen una nacionalidad distinta) la elección de ley no será posible. El equilibrio entre el predominio de los intereses privados (elección de ley) y públicos hace que, en todo caso, la ley rectora de la separación y el divorcio sea una ley estrechamente vinculada con el matrimonio.

268. También resultado de la importancia que la Ley concede a la necesaria toma de conciencia por parte de los cónyuges es la exigencia de que el acuerdo de elección de ley se celebre por escrito. Este requisito formal incorpora la necesidad de que dicho acuerdo esté fechado y dé fe de la conformidad de ambos cónyuges. La fecha es una consecuencia indefectible de la limitación del número de leyes potencialmente aplicables en un momento crítico determinado. La admisibilidad del acuerdo de elección de ley deriva directamente de la Ley y no puede someterse a ninguna otra condición o requisito. Ello no excluye ni la eventual operatividad de la ley personal de cada cónyuge en orden a la determinación de su capacidad, ni la aplicación de la propia ley elegida a cuestiones tales como la concurrencia de error, violencia, intimidación, etc., en la conclusión del acuerdo por el que se elige la ley aplicable a la separación o el divorcio.

**269.** En ausencia de pacto, se prevé una ley aplicable igualmente vinculada con los cónyuges, alrededor de la ley personal: la ley del domicilio común en el momento de presentación de la demanda, o del último domicilio conyugal común siempre que un cónyuge aún resida allí y, en defecto de ambas, la ley de Caribe. Ley ésta que en todo caso podrá ser elegida en el propio proceso, excluyendo las que hasta ese momento resultasen aplicables de forma objetiva. La aplicación de la ley del foro a la separación y el divorcio es, por otro lado, una de las grandes

opciones del Derecho internacional privado comparado<sup>363</sup>. Por otro lado, si reparamos en que las soluciones de este art. 33 están en cierta consonancia con las que se arbitran sobre la competencia judicial internacional de los tribunales de Caribe, deberemos concluir que no será infrecuente la aplicación de la ley propia en foro propio.

270. La ley rectora de la separación o el divorcio, sea elegida o aplicable de forma objetiva, regirá las causas y condiciones del divorcio o de la separación, los períodos de tiempo, si es que existen, que puedan ser precisos para solicitar la separación o el divorcio, o para solicitar la transformación de la separación en divorcio, la posibilidad de que se declare la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, la carga de la prueba en el caso de que se apele a causales determinadas, etc. Esta ley aplicable es genérica, respecto de otras leyes previstas por la presente Ley, de tal forma que no cubrirá los aspectos relativos a la capacidad jurídica de los cónyuges, la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio objeto de separación o de divorcio; la nulidad o anulación del matrimonio; las posibles consecuencias que la separación o el divorcio traigan sobre el nombre y apellidos de los cónyuges; las consecuencias patrimoniales de la separación o el divorcio; las consecuencias que sobre los hijos pueda deparar la separación o el divorcio; las obligaciones alimenticias, con exclusión de las que se establezcan entre los cónyuges con ocasión o tras la separación o el divorcio<sup>364</sup>; o los derechos sucesorios que pudiera tener cada cónyuge o excónyuge respecto del otro.

271. En todo caso, es conveniente precisar que sea cual sea, la ley aplicable no puede obligar a una autoridad de Caribe a pronunciar el divorcio o la separación de un matrimonio que consideren inexistente o no válido a los efectos de la separación o el divorcio. Tal sería, por ejemplo, el caso de la solicitud de separación o divorcio de dos cónyuges del mismo sexo, con domicilio común en Caribe que eligieron como ley aplicable a su divorcio la del país en que contrajeron matrimonio y que era su domicilio común en el momento de la elección. Aunque es posible que la excepción de orden público prevista en el art. 68 de la presente Ley no pudiera ser propiamente aplicada a las normas sobre separación o divorcio previstas por la ley extranjera (pensemos en que se trata de una ley cuyos causales de divorcio son considerados en abstracto equivalentes a los de la ley de Caribe), el hecho mismo de encontrarnos ante una realidad que la ley de Caribe no reconoce, influiría determinantemente en la desestimación de la solicitud.

<sup>&</sup>lt;sup>363</sup>Vid., v.gr., L. Pålsson, "Marriage and Divorce", Int. Enc. Comp. L., vol. III, cap. 16, 1978, hablando del "strong power of attraction" de la lex fori en sistemas basados en la ley personal. Y lo cierto es que esta fuerza de atracción lleva a que la ley de foro sea en ocasiones la principal ley: el ejemplo del citado art. 10:56 del Código civil neerlandés que, antes de dar entrada a la autonomía de la voluntad prescribe que "Whether a dissolution of a marriage or a legal separation can be decreed and on which grounds, shall be determined by Dutch law".

<sup>&</sup>lt;sup>364</sup>Vid.infra, comentario al art. 40.

- Art. 34. Uniones no matrimoniales. 1. La ley del lugar de la constitución de las uniones no matrimoniales registradas o reconocidas por la autoridad competente regirá las condiciones de constitución o registro, los efectos sobre los bienes de la unión y las condiciones de disolución de la unión no matrimonial.
- 2. Los convivientes podrán convenir por escrito durante la vigencia de la unión someter su régimen patrimonial a la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos.

Esta elección no podrá perjudicar los derechos de terceros

- 3. Todo efecto de la unión que no tenga atribuida una solución específica por la presente ley se someterá a la ley de la residencia habitual de los convivientes.
- **272.** Una Ley de DIPr moderna no puede hacer abstracción de un fenómeno cada vez más común, cual es la relación familiar entre dos personas al margen de la institución matrimonial, pero con una relación de afectividad y de proyecto de vida similar o próximo al del matrimonio tradicional<sup>365</sup>.

Contrariamente a lo que ocurre —o venía ocurriendo<sup>366</sup>— con el matrimonio, respecto del cual hasta hace muy poco tiempo existía una comunidad conceptual y, en cierto modo, institucional en el Derecho comparado (la excepción más notable era el llamado matrimonio poligámico al que se ha sumado recientemente el matrimonio entre personas del mismo sexo), la realidad de las uniones estables de pareja es heterogénea: desde la misma definición de su limitación a parejas de distinto sexo, del mismo sexo o sin definición por razón de sexo u orientación sexual, hasta los efectos de su reconocimiento, más o menos próximos —a veces, simplemente, similares— a los del matrimonio, pasando, obviamente, por las condiciones para considerar dichas uniones como realidades con trascendencia jurídica más allá de su evidente realidad meramente fáctica.

No puede perderse de vista tampoco que en muchos de estos casos el respeto por la libertad de las personas para no unirse en torno a institución reglada alguna (el matrimonio o incluso una unión estable "típica") ha de ser tenido muy en cuenta, al tratarse de una cuestión inherente al libre desarrollo de la personalidad; derecho fundamental inalienable y con efectos muy profundos en la regulación de las cuestiones que afectan a la persona, la familia, el estado civil, etc. Esta idea alerta sobre el tratamiento posible de este heterogéneo conjunto de realidades próximas y diversas a un tiempo: ¿son individualizables para el Derecho o se trata más bien de un haz de relaciones que puede hacer abstracción de esa individualización? La libertad de los unidos de forma estable para no acogerse a la oferta típica —el matrimonio u otra institución igualmente típica— que les hace el ordenamiento jurídico ¿les hace

<sup>&</sup>lt;sup>365</sup> CONC.: Art. 3090.1,2 y 3 (Cc Quebec); art. 60 Código DIPr belga; art. 42 Proyecto boliviano; art. 27 Proyecto uruguayo.

<sup>&</sup>lt;sup>366</sup> Ciertamente ya hemos puesto de manifiesto (*vid. supra* comentario al **art. 29** de la presente Ley) que la propia institución matrimonial está sujeta hoy en día a una cada vez más acusada nota de heterogeneidad en Derecho comparado.

inmunes a cualquier otro tipo de constreñimiento institucional? Esta dualidad básica (libertad–sometimiento a reglas jurídicas) no solo afecta a los aspectos sustantivos (regular positivamente las uniones estables, mediante un conjunto de normas, o no hacerlo), sino también al DIPr y, más en concreto, a la determinación de la ley aplicable: ¿se precisa una ley general rectora de las uniones estables no matrimoniales o cada una de las leyes aplicables a otras cuestiones es suficiente para disciplinar los problemas entre los convivientes?<sup>367</sup>

273. La Ley de Caribe opta por una solución moderada, no interviniendo más allá de donde la práctica lo hace necesario. Por un lado, es consciente de que cada vez existe una reglamentación más especializada en el Derecho comparado respecto de estas figuras. Es decir, cada vez son más individualizables, más típicas en términos jurídicos. Ello debe conducir a su individualización también en términos de ley aplicable. Mas, al lado de esta exigencia, igualmente se toma conciencia de que muchas de las normas de conflicto potencialmente aplicables a las relaciones y los efectos de una unión no matrimonial, aunque no estén concebidas pensando en estas situaciones, se adaptan perfectamente a la problemática de estas: la ley rectora de las obligaciones alimenticias no tiene por qué distinguir entre los alimentos debidos como consecuencia de una relación subyacente de tal o tal tipo: conyugal, paternofilial, de otro tipo de parentesco, o, simplemente derivados de una unión no matrimonial; la determinación de la filiación natural o de la filiación adoptiva, las relaciones paternofiliales, la protección de los hijos habidos dentro de una unión no matrimonial... son aspectos que no tienen por qué recibir una respuesta distinta a la que recibirían si los padres están casados, se trata de una familia monoparental, o los padres no están casados, tengan o no una convivencia de pareja estable que les haga entrar dentro de la categoría que ahora analizamos. Otro tanto sucede con los derechos sucesorios, donde la opción que se hace a favor de la ley del último domicilio del causante hace abstracción de las relaciones jurídicas en las que ésta ley pueda basar la atribución de derechos sucesorios.

No obstante, existen aspectos nucleares de las uniones estables no matrimoniales que o bien no están reguladas por norma de conflicto alguna o bien las normas de conflicto existentes no se muestran aptas para otorgar respuestas satisfactorias. Entre estas segundas se encuentra la relativa al régimen jurídico de los bienes que pudieran imputarse razonablemente a la unión. Algo similar a lo que al matrimonio sería su régimen económico. La opción en este caso por no establecer norma alguna y rendir a la genérica sobre régimen de bienes singularmente considerados, al margen de la existencia de un verdadero patrimonio, implicaría el sometimiento de estos a la ley del lugar de situación (*lex rei sitae*), tal cual prescribe el **art. 58** de la presente Ley. Ello puede fácilmente disociar la ley más estrechamente vinculada a la unión estable no matrimonial del régimen de sus bienes, así como fraccionar este mismo régimen en tantas leyes cuantos Estados distintos coincidiesen en un determinado momento como lugar de situación de los bienes. La opción por una solu-

<sup>&</sup>lt;sup>367</sup>Vid. S.A. Sánchez Lorenzo, "Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLI, nº 2, 1989, pp. 487–532; id., "El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, pp. 207–230.

ción unitaria resulta más acorde con la naturaleza familiar o equivalente de estas uniones. Una visión funcional del problema lo sitúa más cerca de las conexiones personales que de las conexiones patrimoniales, sin lugar a dudas<sup>368</sup>.

Esta se identifica de forma primaria con la ley del Estado de constitución o registro de la unión, como una ley vinculada, bien por la propia voluntad implícita de los convivientes, en el caso del registro (que normalmente se acompaña, además, de ciertas condiciones de estabilidad y vinculación adicionales), bien por la necesaria vinculación asociada a los supuestos en los que una determinada ley vincula el estatus de unión estable no matrimonial a una pareja. No obstante, tal cual se ha señalado, la libertad individual y el libre desarrollo de la personalidad es un elemento fundamental en este tipo de relaciones y su traducción en términos de ley aplicable es permitir a los interesados la elección de ley. Esta podrá ejercitarse para someter el régimen patrimonial de la pareja a la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos, al modo de lo que recoge el **art. 30** sobre ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

**274.** El otro aspecto nuclear para el que no existe norma de conflicto específica que pueda dar una respuesta satisfactoria es el relativo a la constitución de la unión no matrimonial. El supuesto de hecho es complejo y, en cualquier caso, no subsumible en otras normas potenciales como pudiera ser la relativa a la celebración del matrimonio, con la que no existe identidad de razón. El art. 34 opta por regular exclusivamente dos tipos de unión estable no matrimonial: la inscrita y la que es reconocida por una autoridad competente. Queda fuera, pues del ámbito de aplicación del precepto la ley aplicable a las uniones estables no matrimoniales consolidadas o reconocidas *ipso iure*. La dificultad de encontrar una ley aplicable a su mera existencia es una constante en el Derecho internacional comparado y lastra las labores de la codificación internacional<sup>369</sup>.

Art. 35. Determinación de lafiliación. 1. La filiación se regirápor la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del nacimiento.

<sup>&</sup>lt;sup>368</sup>Desde la perspectiva de la calificación, S. Álvarez González, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 842–880, pp. 872–873.

<sup>&</sup>lt;sup>369</sup> Resulta sumamente ilustrativo el documento elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, *Aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistrés, Note établie par le Bureau Permanent. Private* (2000), donde se ponen de manifesto estas dificultades y se lanzan algunas tentativas de regulación analógica (*v.gr.*, a la de la responsabilidad parental) que, a día de hoy, no han tenido ningún éxito. La importancia del tema lo hace seguir en la agenda de la Conferencia, pero su complejidad lo tiene en *stand by* y los trabajos más recientes muestran, igualmente, una evidente ausencia en Derecho internacional privado comparado y un aún poco definido abanico de propuestas (*Note sur les developppements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés*, établie par Caroline Harnois (ancienne Collaboratrice juridique) et Juliane Hirsch (Collaboratrice juridique), elaborada en marzo de 2008, pp. 40–41.

- 2. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de interposición de una acción judicial de filiación si resultase más favorable al hijo.
- 3. El reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad será válido si se ajusta a la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del nacimiento o en el momento del reconocimiento, o a la residencia habitual o la nacionalidad de quien efectúa dicho reconocimiento.
- **275.** La Ley contempla dos preceptos para referirse a los dos grandes títulos de legitimación de la filiación, los derivados de la adopción y el resto, dentro de los que la llamada filiación biológica es el supuesto principal. No se descarta que otro tipo de filiación, como la derivada de maternidad subrogada, pueda ser también objeto de esta regla. El presente artículo se refiere a la filiación derivada de hechos o títulos distintos de la adopción<sup>370</sup>. Como se verá<sup>371</sup> la actual concepción de la adopción, en los casos de adopción de menores, refleja en mayor medida una forma de protección de menores o incapaces que una forma de constitución de la filiación (aun siendo ambas).

276. La ley aplicable a la determinación de la filiación provoca no pocos interrogantes a la hora de elegir un criterio regulativo concreto. Por un lado, se trata de una genuina circunstancia vinculada a más de una persona. De hecho, en los supuestos ordinarios de determinación de la filiación, al menos existen dos personas, el hijo y uno de sus progenitores; no es infrecuente que existan tres personas, el hijo y ambos progenitores; y no es descartable que puedan existir más de tres cuando, por ejemplo, nos encontramos ante los aludidos supuestos de maternidad subrogada. La existencia de esta pluralidad potencial de referentes personales, todos ellos afectados por la relación de filiación que, por definición es bilateral o trilateral, complica la elección de la ley aplicable si tenemos en cuenta una nueva variable: la intrínseca relación que existe entre las leyes personales de padre y madre e hijo, tanto si partimos de la del domicilio, como si partimos de la de la nacionalidad. En este segundo supuesto, hay que tener en cuenta el factor añadido de las relaciones estructurales entre filiación y nacionalidad en aquellos supuestos en los que la nacionalidad se transmite *iure sanguinis*<sup>372</sup>.

El art. 35 de la Ley opta por una solución coherente con el principio de la ley personal y la centra en la persona del hijo. Es una solución neutra que evita cualquier tipo de trato diferente de los posibles progenitores (como sucedería, por ejemplo, de elegir la ley personal de la madre) y que simplifica la estructura de una norma de

<sup>&</sup>lt;sup>370</sup> CONC.: Arts. 68 y 69 Ley DIPr suiza; art. 3091 (Cc Quebec); art. 63 Código DIPr belga; art. 33 Ley DIPr italiana; arts. 55 y 56 Ley DIPr polaca; art. 24 Ley DIPr venezolana; arts. 44 y 45 Código DIPr panameño; art. 33 proyecto panameño; art. 20 Proyecto mexicano; art. 28 Proyecto uruguayo; art. 29 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>371</sup>Vid. infra, comentario al **art. 36** de la presente Ley.

<sup>&</sup>lt;sup>372</sup> Los arts. 57 a 66 del Código de Bustamante dan fe de esta multiplicidad de opciones, acudiendo en ocasiones a la ley personal del hijo, en ocasiones a la ley personal del padre y en ocasiones a la ley del foro.

conflicto que quisiese tener en cuenta a ambos y que tendría que pasar por conexiones colectivas (domicilio o nacionalidad comunes, por ejemplo) que no siempre se dan en la realidad. La ley del domicilio del hijo es única y siempre existe.

Ello no evita todo tipo de problema interpretativo. Una conexión esencialmente mutable, como es la del domicilio, para regular una situación de estado civil que es esencialmente permanente, puede plantear un problema de identificación en los casos en los que el domicilio de la persona haya cambiado a lo largo de su vida. El art. 35 toma buena cuenta de este potencial problema y determina como momento crítico el del nacimiento del hijo. Se trata de una solución coherente y eficiente en la mayoría de las ocasiones. Coherente al no separarse del principio general de la conexión domiciliar, y eficaz por cuanto que la mayoría de los problemas relativos a la determinación de la filiación de las personas físicas se plantearán en el momento del nacimiento o en momentos inmediatamente posteriores a aquél: mayoritariamente cuando se proceda a la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido. La vinculación de nacimiento y filiación es una constante obvia en el Derecho comparado.

277. No obstante, se han de realizar dos observaciones respecto de esta opción. La primera es que, mientras que el domicilio de las personas físicas adultas puede identificarse fácilmente con el de la residencia habitual y ésta con el lugar donde una persona esté establecida a título principal mediante la existencia de vínculos estables y duraderos<sup>373</sup>, en el caso de los recién nacidos dicha identificación no puede apelar a esos datos de vinculación duradera y habitualidad e una residencia que, por definición, acaba de nacer. El art. 5 de esta Ley alude a circunstancias de carácter personal, familiar y profesional. Sin duda, el caso de la residencia habitual de los recién nacidos no puede hacer abstracción de la residencia habitual de sus progenitores e incluso de la voluntad de esos progenitores en cuanto a la determinación del futuro domicilio del hijo. Las opciones regulativas de la Ley hacen que, en cualquier caso, el domicilio se valore y se concrete como domicilio individual del hijo y no como domicilio dependiente o domicilio jurídico<sup>374</sup>.

278. La otra observación es que, a pesar de que el nacimiento es realmente el momento más vinculado con la determinación de la filiación natural, esto no es siempre así: las vicisitudes que rodean a la determinación de la filiación pueden prolongarse durante toda la vida de la persona, bien buscando la legitimación de una filiación aún por determinar, mediante las correspondientes acciones judiciales de reclamación de filiación, bien tratando de destruir un título de legitimación que no se corresponde con la realidad, mediante las correspondientes acciones de impugnación de la filiación, bien a través de acciones mixtas que engloban ambas pretensiones de forma sucesiva.

Cuando el domicilio que poseía el hijo en el momento del nacimiento y el que posee en el momento de interposición de la correspondiente acción sea distinto, surge la duda razonable sobre la también relevancia de la ley del domicilio en el

<sup>&</sup>lt;sup>373</sup>Vid. supra, comentario al art. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>374</sup> Art. 13 Ley de DIPr venezolana.

momento de presentación de la acción. En este momento se determina, por ejemplo, la competencia judicial internacional para conocer de la acción; competencia judicial que entre otros criterios se fundamenta en la residencia habitual del hijo en Caribe al tiempo de interposición de la demanda. Una correlación entre forum y ius (aplicación de la ley de Caribe por los tribunales de Caribe) debe sopesarse seriamente. El art. 35.2° de la Ley no excepciona radicalmente la regla sentada en su apartado primero, pero sí la modula y flexibiliza permitiendo que en estos casos de conflicto móvil la ley aplicable sea bien la del domicilio del hijo en el momento del nacimiento, bien la de su residencia habitual en el momento de interposición de la acción si esta le es más favorable. La introducción de un criterio favorable al hijo en materia de filiación para los casos de conflicto móvil comporta la búsqueda de un resultado material que no siempre será fácil de determinar<sup>375</sup>. El favor filii, la protección del hijo en materia de filiación, puede interpretarse tanto como un deseo de ver establecida una filiación de la que se carece de forma oficial, de ver consolidada la establecida o, simplemente, de desmontar aquélla que no se corresponde con la verdad biológica. Y los intereses en cada uno de estos supuestos pueden estar enfrentados. Sin poner en tela de juicio un valor generalmente aceptado, cual es el favor filii, ¿cómo determinar cuál es la ley más favorable al hijo? Sin duda la norma se orienta hacia que sea el propio hijo -o sus representantes- los que valoren ese resultado material. En algunos supuestos será fácil: si se trata de una acción de reclamación de la paternidad por parte del hijo y para una de las leyes el plazo de interposición de la acción ha prescrito o caducado, según el caso, y para la otra no, parece claro que la ley *a priori* más favorable al hijo es esta segunda. Si se trata, por el contrario de una acción de impugnación de la filiación por parte también del hijo, la que en mayor medida posibilite el buen fin de la acción. La práctica habrá de solventar otras situaciones menos claras, como pueda ser la de la acción de impugnación de una filiación paterna establecida por parte del padre legal.

279. Además de estas situaciones contenciosas, también existen aquellas, de ordinario menos problemáticas pero en modo alguno ajenas al cumplimento de determinados requisitos legales, en las que el título de legitimación de la filiación es su reconocimiento voluntario. En estos supuestos la norma ha optado por una solución claramente favorecedora de la validez del reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad sumando a las leyes del domicilio del hijo en el momento del nacimiento o en el momento en que se produce el reconocimiento, la del domicilio o de la nacionalidad de quien lo efectúa, de tal manera que bastará que sea válido para cualquiera de esas leyes para que haya de considerarse como tal.

**280.** Debe tenerse en cuenta en todos estos supuestos de determinación sobrevenida de la filiación que existen límites racionales a los objetivos sustanciales de los párrafos segundo y tercero del art. 35, por cuanto el establecimiento de una filiación que contradiga otra filiación ya determinada sin la previa impugnación de esta

<sup>&</sup>lt;sup>375</sup> El art. 29 del Proyecto de Ley General de DIPr colombiano prevé una solución también materialmente orientada, introduciendo dos leyes de manera alternativa que hay que entender están organizadas a favor del hijo: "La filiación en cuanto a su existencia y efecos estará regida por la ley del domicilio o residencia habitual del menor [...] La filiación también podrá determinarse en relación a cada uno de los padres conforme a la ley nacional a la que pertenece cada uno".

última planteará con mucha verosimilitud cuestiones de orden público. Así un reconocimiento voluntario de paternidad considerado válido por una de las cuatro posibles leyes aplicables que baraja el art. 35.3° de la Ley no parece que pueda superar el test de compatibilidad con una filiación paterna vigente y no impugnada satisfactoriamente.

281. El ámbito de aplicación de la norma ha de reputarse amplio, cubriendo no sólo los títulos posibles de legitimación de la filiación natural (maternidad derivada directamente del parto, maternidad por reconocimiento, presunciones de paternidad del marido de la madre o de terceros, reconocimiento de paternidad, legitimación de la filiación por subsiguiente matrimonio de los padres, todo tipo de acciones judiciales de filiación, etc.) sino también todos los aspectos aparejados a esta que pudieran tener una naturaleza sustantiva, procesal o mixta: plazos de interposición de las acciones de filiación y naturaleza de los mismos, tipo de prueba admitida en estas acciones, presunciones vinculadas a la filiación, legitimación activa y pasiva en las acciones de filiación, etc.

Art. 36. Adopción de menores. Se aplicará la ley caribeña a la adopción de un menor constituida por autoridad caribeña. No obstante, se tendrán en cuenta los requerimientos relativos a los consentimientos y autorizaciones necesarios exigidos por la ley nacional o de la residencia habitual del adoptando o del adoptante.

**282.** Este artículo establece una solución simple y eficiente sobre ley aplicable a la adopción internacional<sup>376</sup>. Es simple por cuanto que determina la aplicación de la propia ley por la autoridad competente, lo cual no sólo elimina el importante problema del conocimiento, alegación y prueba del Derecho extranjero<sup>377</sup>, sino que comporta una solución de mayor calidad jurídica. Además, la regla distingue entre la adopción de menores y la adopción de mayores de edad. Dos tipos de adopción en los que los intereses y valores implicados son claramente distintos y deben recibir una respuesta legal también diferente.

Debe ponerse de manifiesto que el precepto tan sólo se refiere a la constitución de la adopción por autoridad caribeña. Otros aspectos, tales como la cooperación internacional en materia de adopción de niños o los requisitos para el reconocimiento de adopciones intervenidas en el extranjero no son retenidos por la norma. En los países de la zona OHADAC se aprecia un seguimiento dispar del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, sobre la protección de niños y la cooperación en materia de adopción internacional. Nueve países (Belize, Colombia, Costa Rica,

<sup>&</sup>lt;sup>376</sup> CONC.: Art. 77 Ley DIPr suiza; art.3092 (Cc Quebec); arts.67-71 Código DIPr belga; art. 38 Ley DIPr italiana; arts. 57 y 58 Ley DIPr polaca; arts. 47 y 47 Código DIPr panameño; art. 34 Proyecto dominicano; art. 23 Proyecto mexicano; art. 49 Proyecto boliviano; art. 32 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>377</sup>Vid. infra, comentario al **art. 63** de la presente Ley.

Cuba, República Dominicana, Haití, México, Panamá y Venezuela) son Estados parte en este convenio, el más importante en materia de cooperación y adopción internacional de menores<sup>378</sup>. Hay que precisar, en todo caso, que este convenio es de aplicación exclusiva entre los Estados parte y que no posee norma alguna sobre la determinación de la ley o leyes aplicables a las adopciones que se constituyan bajo su amparo, por lo que la reglamentación de la ley aplicable a las adopciones internacionales es un imperativo tanto para los Estados de Caribe no parte en dicho Convenio como para los que sí son parte.

283. La adopción internacional de niños ha experimentado en las últimas décadas una evolución importante desde una perspectiva cuantitativa o social y desde una perspectiva jurídica, que es la que ahora más interesa. En términos meramente cuantitativos resulta obvio el aumento del número de adopciones internacionales de niños, entendidas estas como las que implican un traslado del menor adoptado desde su Estado de origen hasta otro, de acogida, con su nueva familia. Esta tipología convive con otra en la que no necesariamente hay desplazamiento, pero que también puede calificarse de internacional, al ser los adoptantes o el adoptando de distinta nacionalidad, por ejemplo. El art. 36 cubre ambos grupos de casos. Debe recordarse que aunque la adopción internacional en la que existe un desplazamiento de la residencia habitual del niño adoptado de un país a otro puede constituirse tanto en el país de origen cuanto en el país de recepción o acogida, resulta común la querencia de las autoridades de los primeros por que la adopción se constituya por sus autoridades y antes del traslado.

**284.** Esta última idea tiene mucho que ver con la otra perspectiva a la que se refiere el párrafo anterior: la jurídica. La adopción internacional ha pasado de entenderse como una forma de determinación de la filiación a ser vista como una medida de protección de menores; en los casos en los que la adopción sea una adopción de las llamadas plenas, la adopción equipara a los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, siendo de este modo, la expresión máxima de protección. Esta idea (el tránsito desde una conceptualización próxima o identificada con la filiación hacia una centrada en la tutela del interés superior del niño) influye decisivamente en el acercamiento que ha de hacerse desde el Derecho internacional privado; desde la determinación de la ley aplicable. Tratándose el tema como una cuestión de (mera) filiación, el recurso a una ley personal, generalmente la del hijo -adoptando, en este caso- es lo más adecuado, con independencia de que esa ley sea una ley extranjera o no: la ley nacional o la ley de la residencia habitual/domicilio son leyes apropiadas. De hecho, la presente Ley opta por la ley del domicilio del hijo para regular la filiación. Tratándose, por el contrario, de una cuestión de protección de menores, la aproximación cambia: el papel de la competencia judicial internacional se acrecienta y el de la ley aplicable se vincula a aquella. Esta es la solución que acoge la Ley. Dispone una amplia competencia judicial internacional de las autori-

<sup>&</sup>lt;sup>378</sup> Debe señalarse que dicho Convenio también se aplica a la parte Caribe de los Países Bajos (Bonaire, Sint Eustatiu, y Saba) de conformidad con la declaración efectuada por dicho Estado a consecuencia de la reestructuración del Reino de los Países Bajos (*vid.* Informe relativo a la herencia holandesa). Otro tanto puede decirse de los Departamentos y territorios a los que se aplica el Derecho y las obligaciones internacionales de Francia (*vid.* Informe relativo a la herencia francesa).

dades de Caribe para constituir una adopción (cuando el adoptante o el adoptado sea caribeño o resida habitualmente en Caribe) y, asumiendo una visión judicialista e interventora de la adopción, ordena aplicar la propia ley.

Esta combinación de amplia competencia judicial internacional y aplicación de la ley de Caribe es clara, previsible y respetuosa con la perspectiva de protección del menor, pero puede conducir a situaciones potencialmente claudicantes e insatisfactorias desde la perspectiva de la fortaleza internacional de la adopción constituida por una autoridad de Caribe. Efectivamente, la constitución de una adopción sobre un menor que no reside en Caribe, aun siendo una hipótesis que muy raramente va a darse en la práctica, es teóricamente contemplada por las soluciones de la ley: basta que el adoptante o el adoptado posean la nacionalidad de Caribe o que el adoptante tenga en Caribe su residencia habitual, cualquiera que sea su nacionalidad. Dentro de este tipo de adopciones puede haberlas más o menos vinculadas con Caribe: por ejemplo, no será lo mismo que el menor no residente sea nacional del Estado donde se pretenda constituir la adopción o, por el contrario, no lo sea. En todo caso, en mayor o menor medida en función de la proximidad de la adopción con Caribe, estas adopciones corren el riesgo de no ser eficaces más allá del país de constitución. A evitar este resultado indeseado se dirige la segunda regla del art. 36: "No obstante, se tendrán en cuenta los requerimientos relativos a los consentimientos y autorizaciones necesarios exigidos por la ley nacional o de la residencia habitual del adoptando o del adoptante".

La regla segunda del art. 36 se articula como una salvaguarda de la validez internacional de la adopción constituida en Caribe, al ordenar tener en cuenta consentimientos y autorizaciones necesarios en estos otros países. A pesar de que la redacción pueda considerarse tibia al emplear el sintagma "tendrán en cuenta", en vez de, por ejemplo, "recabarán", "exigirán", "aplicarán" u otros similares, lo cierto es que su buen uso, es suficiente garantía de una adopción fuerte con validez en todos los países realmente vinculados con ella. Por un lado, la regla se articula en forma imperativa ("se tendrán en cuenta") y no meramente facultativa ("podrán tenerse en cuenta"<sup>379</sup>). Por otro lado, los requisitos que ahí se exigen son los que se han considerado como fundamentales en todo proceso constitutivo de la adopción, hasta el punto de que concretan una de las pocas imposiciones imperativas del citado Convenio de La Haya. El art. 4 de este Convenio supedita la adopción a la existencia de consentimientos verdaderamente libres e informados y a la concurrencia de las autorizaciones necesarias para que la adopción sea limpia e internacionalmente fuerte<sup>380</sup>. En último extremo, "tener en cuenta" introduce un instrumento de necesaria

<sup>&</sup>lt;sup>379</sup> Leyes modernas como la española Ley 54/2007, de adopción internacional, prevé un mecanismo parecido en el que el mandato imperativo se transforma en una posibilidad, aunque el "tendrán en cuenta" se transforma en un "podrá exigir": Además de lo dispuesto por la ley española se "podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando" (art. 20).

<sup>&</sup>lt;sup>380</sup> Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

c) se han asegurado de que

<sup>1)</sup> las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consenti-

flexibilidad en manos de la autoridad de Caribe que exige su ponderación y decisión de forma casuística y a la luz de las circunstancias de cada caso, que pueden ser muy diversas a la luz de la amplitud de su competencia. Se trata de un modo de hacer especialmente adecuado en materia de protección de menores donde el supremo interés del niño ha de prevalecer sobre cualquier otro. Un mandato más formal (*v.gr.*, "aplicará") podría dificultar enormemente la constitución de una adopción internacional en la que hubiera que compilar de forma imperativa, a modo de complejo micro mosaico jurídico, los consentimientos y autorizaciones de todas las leyes implicadas.

Art. 37. Adopción de mayores. La adopción de un mayor de edad se regirá por la ley de su domicilio en el momento de la constitución.

**285.** El art. 37 establece la ley aplicable a la adopción de personas mayores de edad con una filosofía diferente, más próxima a la de la determinación de la filiación distinta de la filiación adoptiva. La ley de la residencia habitual del adoptando mayor, será de aplicación. Las cautelas en cuanto a la conformación de una adopción internacionalmente fuerte, a través de la toma en consideración de consentimientos y autorizaciones de otras leyes no se entienden necesarias en este supuesto donde no hay ninguna parte implicada digna de una protección especial.

## Sección tercera

Protección de incapaces y obligaciones alimentarias

Art. 38. Responsabilidad parental y protección de menores. 1. La responsabilidad parental u otra institución análoga se regirá por la ley de la residencia habitual del hijo.

miento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,

<sup>2)</sup> tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,

<sup>3)</sup> los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y

<sup>4)</sup> el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y

d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,

<sup>1)</sup> ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario,

<sup>2)</sup> se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,

<sup>3)</sup> el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y

<sup>4)</sup> el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

- 2. Las medidas de protección sobre la persona o bienes de un menor se regularán por la ley de Caribe. No obstante, la autoridad competente podrá aplicar la ley de la residencia habitual del menor si es más favorable al interés superior del niño.
- 3. Será aplicable la ley caribeña para adoptar con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del menor incapaz.
- 4. En la aplicación de las leyes mencionadas en los párrafos anteriores se tendrá imperativamente en cuenta el interés superior del niño.

**286.**La norma transcrita de la ley aúna las soluciones de ley aplicable a la responsabilidad parental y otras instituciones análogas y la aplicable al resto de medidas de protección del niño, ya sean medidas con cierto grado de permanencia ya adoptadas como consecuencia de una situación de provisionalidad o urgencia<sup>381</sup>. El precepto tiene como trasfondo axiológico el supremo interés del niño, que condiciona de modo especial la posibilidad de apartarse de la ley caribeña, como primariamente aplicable a la adopción de medidas de protección (párrafo 2) y, de modo general, la aplicación de cualquiera de las leyes que pudiera resultar competente (párrafo 4).

El tránsito de la protección del niño desde la perspectiva o ámbito familiar hacia el ámbito de lo público ha hecho que instituciones clásicas como la patria potestad<sup>382</sup> ancladas en una visión esencialmente familiar cuando no paternalista de las relaciones entre padres e hijos salgan de esa esfera familiar para situarse en la más específica de la protección de menores. Ello tiene como consecuencia un tratamiento diferenciado en orden a la determinación de la ley aplicable. La aproximación más eficaz desde el punto de vista de la tutela de los intereses del menor, la aplicación de la ley de la autoridad que conoce, convive con el reconocimiento de una relación que surge *ex lege*, como la de la patria potestad y otras instituciones análogas, que vendrá determinada por la ley de la residencia habitual del hijo. La colaboración entre estas dos normas refleja la colaboración entre las dos dimensiones, privada y pública, en la protección de menores y, aunque presenta ciertas cuestiones de delimitación del respectivo ámbito de aplicación, es una solución contrastada en la codificación internacional del Derecho internacional privado, con presencia, tanto el en Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia

<sup>&</sup>lt;sup>381</sup> CONC.: Art. 3093 (Cc Quebec); art.34 Código DIPr belga; arts.59-62 Ley DIPr polaca; art. 35 Proyecto dominicano; arts. 25 a 27 Proyecto mexicano; arts. 52 y 53 Proyecto boliviano; art. 21 Proyecto uruguayo.

<sup>&</sup>lt;sup>382</sup> Una definición genérica e internacionalmento homologable la da, por ejemplo, el Cc de Colombia, cuyo art. 288 dispone que "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia".

de autoridades y ley aplicable a la protección de menores<sup>383</sup>, como el más moderno Convenio de La Haya 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, (hecho el 19 de octubre de 1996), que entre los Estados de la OHADAC ya vincula a la República Dominicana<sup>384</sup>.

287. El art. 38.1° de la Ley se refiere a la existencia y relaciones que conforman el contenido de la patria potestad o institución equivalente (autoridad parental, responsabilidad parental...) así como a la atribución, contenido y extinción de la misma, sin la intervención de autoridad alguna. La ley de la residencia habitual del menor determinará de este modo si la patria potestad se atribuye a uno de los progenitores o a ambos, cuáles son los derechos y obligaciones derivados de esa patria potestad y bajo qué circunstancias se extingue al margen de una decisión de autoridad competente (v.gr., por alcanzar el niño la mayoría de edad, por su matrimonio, por emancipación, etc.). Hay que precisar que, aunque el precepto nada dice al respecto, el cambio de residencia habitual no debería determinar por sí mismo el desconocimiento de la patria potestad atribuida conforme a la ley de la residencia habitual anterior al cambio. Así quien se vea atribuida la patria potestad de acuerdo con la ley de la residencia habitual del hijo la seguirá conservando conforme a la ley de la nueva residencia habitual aunque ésta no prevea su titularidad. Es una consecuencia del principio de estabilidad y conservación del estado civil especialmente importante en las relaciones entre padres e hijos menores. De este modo, si la ley de la residencia habitual del hijo prevé que padre y madre son los titulares de la patria potestad con independencia de que estén casados o no, mientras que la ley de la nueva residencia habitual tan sólo la atribuye a la madre para el caso de ausencia de matrimonio entre los padres, el padre seguirá siendo titular de la patria potestad que le fue atribuida conforme a la ley anterior.

La nueva ley, eso sí, podrá realizar una nueva atribución de la patria potestad a quien no la tuviese atribuida por la ley de la residencia habitual anterior, siempre que tal consecuencia sea compatible con la ya atribuida. De este modo, invirtiendo los datos del ejemplo anterior, si la ley de la (anterior) residencia habitual contempla una patria potestad atribuida singularmente a la madre, y la ley de la nueva residencia atribuye la patria potestad conjuntamente a padre y madre, esta atribución será igualmente eficaz. Esta regla de conservación de la titularidad de la patria potestad adquirida unida a una posible nueva adquisición por parte de otra persona tiene límites inherentes al propio ejercicio de la patria potestad en los casos de atribución múltiple: supuesto de una patria potestad atribuida conjuntamente por la ley de la residencia habitual a padre y madre no casados y de una nueva ley de la residencia habitual del hijo que se la atribuye, por ejemplo, al marido de la madre (distinto, obviamente, del padre). Este supuesto de tres personas ostentando al mismo

<sup>&</sup>lt;sup>383</sup> Sus artículos 2 y 3, reflejan esta misma colaboración entre la ley del foro para la adopción de las medidas de protección y una ley personal (en este caso la de la nacionalidad) para la determinación de la patria potestad o autoridad parental.

<sup>&</sup>lt;sup>384</sup> Lo ha incluido directamente en su Proyecto de Ley de DIPr dominicano, cuyo art. 35 realiza una incorporación por referencia del Convenio. El Convenio también rige en los Departamentos y colectividades francesas de ultramar (*vid.* los sistemas de herencia francesa) y el Curação. Bonaire, Saint Eustatius y Saba (*vid.* los sistemas de herencia holandesa).

tiempo la patria potestad puede ser problemático y necesitar de algún tipo de medida de adaptación o ajuste entre las dos leyes. En cualquier caso, si el conflicto de intereses llegar de verdad a ser intenso, muy probablemente nos encontraremos ante la situación prevista por el apartado 2 de este artículo, en la que una autoridad competente de Caribe a aplicará su propia ley para decidir lo más favorable al supremo interés del hijo.

Obviamente, estos ejemplos dejan a salvo la actuación de la excepción de orden público si, por ejemplo, se considera que la atribución de la patria potestad a uno solo de los progenitores contraría el principio de igualdad de estos ante la ley teniendo en cuenta el supremo interés del hijo o si se considera que la titularidad múltiple (tres o más personas) de la patria potestad es igualmente contraria al orden público.

288. En todo caso, mientras que la atribución de la patria potestad viene determinada por la ley de la residencia habitual "actual" del hijo y pervive ante el cambio de residencia habitual, su contenido, el ejercicio de los derechos y las prerrogativas que comporta y la sujeción a las obligaciones que conlleva se regularán en todo caso por la ley de la nueva residencia habitual a la que tendrán que adaptar su comportamiento titulares de la patria potestad e hijo. De este modo, aunque de conformidad con la ley de la residencia habitual anterior conforme a la que está diseñada la titularidad de la patria potestad sus titulares no tendrían que solicitar autorización judicial para un determinado acto en relación con el hijo, este requerimiento deberá exigirse si así lo prevé la ley de la nueva (actual) residencia habitual.

En los casos te adopción de medidas de protección por parte de una autoridad pública, la ley de la residencia habitual del hijo cede a favor de la ley del foro, de la ley de la autoridad que está conociendo. La previsión de una ley propia en foro propio es inherente a la actividad de las autoridades en materia de protección de menores, donde, al lado de las reglas jurídicas, la propia concepción de lo que puede ser el superior interés del hijo juega un papel capital. No obstante, la Ley no considera que esta regla deba aplicarse de manera rígida. La propia consideración del interés del hijo/menor puede hacer que, valorando las concretas circunstancias del caso, la autoridad decida aplicar la ley de la residencia habitual del mismo, cuando esta no coincida con la *lex fori*. Esta cláusula de escape basada en criterios sustantivos puede ser de aplicación en todos los supuestos de atribución de la guarda y custodia, definición de derechos de visita o incluso la supresión de la patria potestad a uno o a ambos titulares.

En el caso de la adopción con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del menor incapaz, la regla *lex fori in foro propio* no se surte de excepción alguna: será aplicable en todo caso la ley del foro.

**289.** El art. 38 finaliza con un mandato esencialmente didáctico en torno a la necesidad de tener en todo caso presente el interés superior del menor, tal cual está consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

Es importante recordar que la ley designada como aplicable por el presente artículo debe tener una consideración especial respecto a otras leyes que puedan presentarse frecuentemente en relación con la adopción de medidas sobre los hijos como, señaladamente, la ley rectora de las crisis matrimoniales: sea cual sea esta<sup>385</sup>; las medidas sobre la protección de la persona y bienes de los hijos menores se adoptarán de conformidad con la ley de Caribe, salvo que existiese una razón que aconsejase la aplicación de la ley de su residencia habitual. En sentido contrario, otras normas previstas por la presente Ley tendrán la consideración de normas especiales respecto de la presente: tal será el caso de la rectora de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 40) o la ley aplicable al nombre del menor (art. 25).

**290.** También debe señalarse que la norma no invade en absoluto el ámbito de aplicación de importantes instrumentos de cooperación en esta materia, como pueda ser el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, que vincula a una docena de países de OHADAC<sup>386</sup>. Este Convenio, capital en la lucha contra las situaciones de traslado ilícito a través de las fronteras, tiene un contenido esencialmente cooperativo, que no prejuzga ni la competencia judicial internacional ni, en lo que ahora nos interesa, la ley aplicable, aspectos ambos que han de quedar al albur de la normativa interna de Derecho internacional privado. Es más, es de destacar que las soluciones previstas por la Ley se adaptan de modo singular a las previsiones del Convenio cuando, por ejemplo, deja a la ley de la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado la determinación de la existencia de un derecho de custodia sobre el menor atribuido de forma singular o conjunta a ambos progenitores o a alguna entidad competente.

- Art. 39. Protección de incapaces mayores. 1. Los supuestos y los efectos de las medidas de protección de incapaces mayores de edad se regirán por la ley de la residencia habitual del incapaz.
- 2. Será aplicable la ley caribeña para adoptar con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del mayor incapaz.
- **291.** La protección internacional de incapaces mayores representa uno de los retos más importantes de la sociedad moderna<sup>387</sup>, en la que la progresiva ampliación de las expectativas de vida hace crecer un segmento de la población, eufemísticamente descrito como "tercera edad" y un nuevo grupo que comienza a denominarse

<sup>&</sup>lt;sup>385</sup>Vid. supra, comentarios a los arts. 32 y 33.

<sup>&</sup>lt;sup>386</sup> Costa Rica, Máxico, Panáma, Venezuela, Bahamas, Belice, Colombia, El Salvador, Gautema-la, Honduras, Nicaragua, San Cristóbal y Nieves, Trinidad y Tobago.

<sup>&</sup>lt;sup>387</sup>Vid. A. Muñoz Fernández, La protección del adulto en el Derecho internacional privado, Cizur Menor, Thomson–Aranzadi, 2009.

como de "vejez avanzada", con especiales necesidades y con una también especial vulnerabilidad: mayores con enfermedades neurológicas —alzhéimer, demencia senil— que les impide regir su persona y bienes, generalización de centros de acogida de mayores en régimen de internado, mayores que ante la previsión de estas situaciones deciden tomar medidas para que sean adoptadas si llega a producirse una pérdida de la capacidad, etc. El art. 39 de la Ley establece la ley aplicable a la protección de incapaces mayores, abarcando estos supuestos y también cualquier otro en el que el adulto mayor de edad no se encuentre en situación de regir por sí mismo su persona o bienes y precise, por ello, algún tipo de medida supletiva<sup>388</sup>.

El ámbito de aplicación de la norma es especialmente amplio, pues abarca una pluralidad potencial de situaciones y medidas de muy distinta índole: comenzando por la misma determinación de la incapacidad de la persona mayor o su incapacitación concreta así como la instauración de un régimen o institución de protección; la sujeción del adulto incapaz a la protección de una autoridad pública de forma transitoria o permanente; la constitución de una tutela, curatela, prórroga de la patria potestad o instituciones equivalentes; la determinación de las obligaciones que recaigan sobre cualquier persona, física o jurídica, encargada de la protección de la persona o bienes del mayor incapaz (realización de inventario, rendición de cuentas, etc.); la colocación del incapaz en una institución pública o privada o cualquier establecimiento donde puedan salvaguardarse suficientemente sus intereses; el régimen de la administración de los bienes del incapaz; la autorización o autorizaciones singulares en orden a la adopción de medidas concretas dentro de una institución más permanente (autorización judicial para la venta de un inmueble, para el cambio de establecimiento donde se encuentre el adulto incapaz, desplazamiento hacia otro Estado, etc.).

**292.** Especial importancia cobra en este ámbito la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto (sea mediante un acuerdo o por un acto unilateral) para ser ejercidos cuando dicho adulto ya no esté en condiciones de cuidar de su persona o bienes. Los llamados apoderamientos preventivos o los apoderamientos con subsistencia de efectos van a quedar bajo la órbita del art. 39<sup>389</sup>, del mismo modo que los denominados "testamentos vitales"<sup>390</sup> en los que el mayor de edad establece su voluntad respecto del mantenimiento o supresión de medicación o cuidados paliativos cuando por mor de una grave enfermedad él este impedido para adoptar libremente decisiones sobre su propia vida. Estos apoderamientos también habrán de someter, obviamente, sus aspectos negociales, a la ley que les resulte aplicable según las normas de esta Ley<sup>391</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>388</sup> CONC.: Art. 3085 (Cc Quebec); art.43 Ley DIPr italiana.

<sup>&</sup>lt;sup>389</sup>Vid., desde la estricta perspecitva del Derecho internacional privado de estas figuras, M. Revillard, "La convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat inaptitude", *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 725 et seq.

<sup>&</sup>lt;sup>390</sup>Vid. D. Rodríguez–Arias Vailhen, *Una muerte razonable : testamento vital y eutanasia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, D. L. 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>391</sup>Vid. infra, comentarios a los arts. 45 y 46 de la presente Ley.

293. Por el contrario, no forman parte del ámbito de la norma aspectos que poseen su propia ley aplicable y que podrían colisionar con la protección del mayor. Tal es el caso de las obligaciones alimenticias<sup>392</sup>, la celebración, nulidad, separación o disolución del vínculo matrimonial o de una unión no matrimonial; las medidas de representación que puedan preverse por los regímenes económicos matrimoniales y otras instituciones análogas; los trust y la sucesión por causa de muerte (aunque en este caso, sí entraría, por ejemplo, el nombramiento de un tutor realizado en forma de disposición por causa de muerte); las prestaciones al adulto incapaz derivadas de los servicios de seguridad social y análogos o las adoptadas con carácter general en materia de sanidad pública; las medidas de vigilancia y/o internamiento derivadas de la comisión de delitos o faltas por parte del mayor y cualquer otra medida destinada a la salvaguarda de la seguridad pública que pueda imponer medidas de restricción de la libertad para disponer libremente sobre la persona o bienes de un adulto por su parte.

**294.** La solución otorgada por el art. 39 de la Ley a esta constelación de aspectos vinculados a la protección del incapaz adulto es la ley de su residencia habitual. De forma distinta a lo previsto para el caso de la protección de menores donde la ley primariamente aplicable es la de la autoridad de Caribe que está conociendo y sólo bajo determinadas circunstancias y para concretos aspectos (*v.gr.*, la responsabilidad parental) rige la ley de la residencia habitual, en el caso de la protección de adultos tanto la idea de que en muchos supuestos será el propio adulto el que preverá su situación de futura incapacidad y adoptará medidas a tal efecto, como el hecho de que tales medidas pueden tener una vida más estable que las que afectan a menores, aconsejan la aplicación de la ley de la residencia habitual, más estable y previsible que la *lex fori* (cuando no coincidan).

En sentido similar a la solución en materia de protección de menores, el cambio de residencia habitual determina también el cambio de la ley aplicable. La nueva ley determinará tanto las medidas de protección a adoptar como las modalidades de ejecución de las medidas adoptadas conforme a la anterior residencia habitual. De este modo, aunque la ley de la anterior residencia habitual determine la existencia de una medida de protección o conforme a dicha ley se haya adoptado una concreta medida de protección (v.gr., el sometimiento del adulto incapaz a tutela) será la ley de la nueva residencia habitual la que determinará las condiciones del ejercicio de la misma, siempre tratando de lograr una adaptación entre lo exigido por la primera ley y lo prescrito por la segunda: así, por ejemplo, si la tutela no comportaba la necesaria formación de inventario conforme a la ley de la residencia habitual en el momento de la constitución de la misma, pero sí lo hace la nueva ley de residencia habitual, tal inventario deberá realizarse, al menos en el instante en que haya de realizarse cualquier acto de administración del patrimonio del mayor incapaz; si el internamiento del incapaz precisaba de autorización judicial de conformidad con la ley de la residencia habitual anterior y no lo necesita de acuerdo con la nueva residencia habitual, tal internamiento podrá realizarse sin dicha intervención. Se trata de una solución clásica al problema del conflicto móvil que aúna la aplicación su-

<sup>&</sup>lt;sup>392</sup>Vid. infra, comentario al **art. 40** de la presente Ley.

cesiva de dos leyes distintas a partir del reconocimiento de los actos legítimamente consolidados conforme a la ley anterior.

295. La aplicación de la ley de Caribe para todas las medidas provisionales o urgentes que hayan de adoptarse para proteger la persona o bienes del incapaz, ni las medidas previstas por la ley de Caribe que hayan de aplicarse de manera imperativa cualquiera que sea la ley aplicable al fondo de la protección<sup>393</sup>. Igualmente importante en esta materia, puede ser la previsión contenida en el art. 69.2º de esta Ley en virtud de la cual las autoridades de Caribe pueden dar efecto a las disposiciones imperativas de otro Estado con el cual la relación jurídica tenga vínculos estrechos. La codificación internacional del DIPr tiene ejemplos próximos al que aquí planteamos<sup>394</sup>, si bien esta posibilidad es más estricta en la ley de Caribe, al referirse exclusivamente a las disposiciones imperativas tal cual se describen en el citado art. 69 de la presente Ley.

- Art. 40. *Obligaciones alimenticias*. 1. Las obligaciones alimenticias se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. En caso de cambio de residencia habitual se aplica la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.
- 2. No obstante, se aplicará la ley caribeña si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor conforme a la ley designada en el apartado 1.
- 3. La ley aplicable a la nulidad matrimonial, separación conyugal y divorcio, regirá las obligaciones alimenticias entre los cónyuges o ex cónyuges resultantes de tales situaciones.
- 4. En la aplicación de las leyes enumeradas en los apartados anteriores se tendrá en todo caso en consideración la capacidad del deudor y la necesidad del acreedor.
- **296.** Como reiteradamente se ha puesto de manifiesto a lo largo del análisis de soluciones específicas de ley aplicable en el campo de la persona y las relaciones de familia<sup>395</sup>, la ley aplicable a las obligaciones alimenticias se constituye como una ley especial respecto de las relaciones e instituciones en las que pueda encon-

<sup>&</sup>lt;sup>393</sup>Vid. infra, comentario al **art. 69** de la presente Ley.

<sup>&</sup>lt;sup>394</sup> El art. 13 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de los adultos establece tras la regla general (que en el Convenio es la aplicación e la ley del foro) que "... en la medida en la que la protección de la pesona o bienes del adulto lo exija, ellas [las autoridades competentes] podrán excepcionalmente aplicar o tener en consideración la ley de otro Estado con el que la situación presente un vínculo estrecho".

<sup>&</sup>lt;sup>395</sup>Vid. supra, art. 31 (relaciones patrimoniales entre cónyuges), art. 32 (nulidad matrimonial), art. 33 (separación y divorcio), art. 34 (uniones no matrimoniales), art. 38 (responsabilidad parental y protección de menores) y art. 39 (protección de incapaces mayores).

trar su fundamento<sup>396</sup>. Esta circunstancia tiene su explicación tanto en razones históricas como en las concretas circunstancias que rodean ala obtención de alimentos por parte de parientes y personas próximas. En principio, una situación de necesidad, como la que está detrás de las obligaciones alimenticias parece que ha de merecer una atención especial por parte de las normas de determinación de la ley aplicable que incorpore esa exigencia sustantiva; una atención especial en la que la norma de conflicto no se limite a identificar una ley aplicable cualquiera, sino que, dentro de lo posible, identifique una ley aplicable que otorgue alimentos al acreedor que los pide, con preferencia a una ley aplicable que no los prevea para el caso considerado.

Desde la aludida perspectiva histórica, esta orientación sustancial o material en la selección de la ley aplicable ya está presente en la codificación internacional del Derecho internacional privado desde 1956, a través del primero de los cinco convenios internacionales que se elaboraron en el seno de la Conferencia e La Haya de Derecho internacional privado, sobre la materia objeto de este art. 40 de la Ley. Ya entonces, el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de menores, de 24 de octubre de 1956, introdujo una solución estructuralmente parecida a la del art. 40 de la presente Ley que ahora se analiza, haciendo depender la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor alimenticio del hecho de que dicho acreedor pudiese obtener alimentos conforme a la misma; cuando esta ley de la residencia habitual denegase al acreedor todo alimento, dejaría de aplicarse en beneficio de la ley a la que condujesen las normas de conflicto de la autoridad que estuviese conocimiento de la reclamación. Se trata, como puede apreciarse, de una determinación de la ley aplicable en dos etapas, activándose la segunda sólo si la primera no concedía alimentos.

Esta búsqueda de la ley aplicable a la obligación alimenticia, orientada o condicionada por la obtención de alimentos —con preferencia a su no obtención— tuvo una segunda manifestación en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en el que la regla de selección de ley aplicable tendente a la consecución de alimentos introdujo una nueva etapa, siendo la ley de la residencia habitual del acreedor alimenticio la primera en ser consultada, la ley nacional común de alimentista y alimentante —de existir—, en segundo lugar, y la ley sustantiva del foro en el caso de que las anteriores no atribuyesen los alimentos solicitados.

El último paso en este proceso lo dio el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007, donde se vuelve a reafirmar la necesidad de identificación de la ley aplicable a través de la búsqueda de una ley favorable al acreedor alimenticio, si bien distinguiendo entre distintos tipos de acreedores.

<sup>&</sup>lt;sup>396</sup> CONC.: Art. 46 Código DIPr panameño; art. 49 Ley DIPr suiza; arts. 3094-3096 (Cc Quebec); arts. 74 a 76 Código DIPr belga; art. 45 Ley DIPr italiana; art. 63 Ley DIPr polaca; art. 37 Proyecto dominicano; arts. 28 a 31 Proyecto mexicano; art. 50 Proyecto boliviano; art. 29 Proyecto uruguayo; art. 35 Proyecto colombiano; Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

297. El art. 40 de la Ley asume esta asentada orientación material de una forma simple, mediante dos posibles leyes aplicables: la de la residencia habitual del acreedor o la del foro caribeño cuando de acuerdo con la primera el acreedor no pueda obtener alimentos. La ley de la residencia habitual del acreedor alimenticio no solo es su ley personal de acuerdo con la Ley sino que se trata de la ley que en mejor medida puede valorar las situaciones de necesidad real, puesto que se presume que la reglamentación sobre obligaciones alimenticias estará en consonancia, entre otras cosas, con la estructura de la familia y con la realidad socioeconómica del lugar donde, precisamente, surge la necesidad: la residencia habitual del acreedor. Por lo que atañe al recurso a la ley del foro cuando la residencia habitual no conceda alimentos al acreedor, debe precisarse ante todo que no se trata de una ley operativa como "ley más favorable" a toda costa. La orientación material de la dupla ley de la residencia habitual del acreedor/ley del foro tan sólo se activa cuando la primera no conceda alimentos, pero no consagra la aplicación de la "ley más favorable" al acreedor. En otras palabras, aunque la ley del foro caribeño fuese más favorable al acreedor alimenticio, basta con que la ley de su residencia habitual le conceda alimentos para que sea ésta la aplicable. Por otro lado, hay que considerar que la última regla de este art. 40 de la Ley introduce una solución material y potencialmente correctora en la aplicación de la ley (la que sea) rectora de la obligación alimenticia: se tendrá en todo caso en consideración la capacidad del deudor y la necesidad del acreedor, aunque no se prevea así por la ley aplicable, podríamos añadir. Ello relativiza grandemente la idea de "ley más favorable" al acreedor.

El posible conflicto móvil derivado de un cambio de residencia habitual se solventa mediante la aplicación de la ley de la nueva residencia habitual desde el momento del cambio. Se trata también de una solución tradicional que tiene su base en la descrita idoneidad de la ley de la residencia habitual para hacer frente a las necesidades que se manifiestan en las personas residentes. No se produce en este caso un respeto a algunas soluciones consolidadas de conformidad con la ley de la residencia habitual anterior: por ejemplo, el deudor obligado por la ley anterior puede dejar de serlo como consecuencia de lo dispuesto en la ley nueva (y viceversa). En todo caso, de producirse una total pérdida del derecho a obtener alimentos, el cambio de residencia habitual también habilitará el posible recurso a la ley del foro caribeño.

298. El precepto contiene una norma especial para los supuestos de alimentos debidos como consecuencia de las crisis matrimoniales. En estos casos, del mismo modo que se relajan los deberes inherentes al matrimonio también la obligación alimenticia puede tener una distinta fisonomía. Las obligaciones entre personas generalmente adultas entre los que ya no hay una relación de familia (supuestos de nulidad o divorcio) o esta ha perdido la intensidad que venía teniendo (supuesto de separación matrimonial) se regirán por la ley rectora de estas situaciones, produciéndose, de este modo, una unidad de ley aplicable. El juez o autoridad que decrete la nulidad, separación o divorcio aplicará la misma ley que determina tales situaciones a los posibles efectos alimenticios de los mismos. No hay en este caso ningún tipo de orientación material. El cónyuge o excónyuge pretendidamente acreedor tendrá o no derechos alimenticios respecto del otro en función de lo que estipu-

len tales leyes, sin poder invocar, en su caso, la ley del foro caribeño, cuando aquéllas no le concedan alimentos. Este apartado no cubre las situaciones de separación de hecho de los cónyuges y, aunque resulte obvio, sólo se aplica a las relaciones entre ellos. El cónyuge divorciado podrá seguir siendo acreedor, por ejemplo, de sus padres o incluso de sus hijos. Los alimentos debidos a los hijos seguirán rigiéndose por los apartados 1 y 2 de este artículo<sup>397</sup>.

299. Los ámbitos cubiertos por la norma son los que tradicionalmente integran la noción de alimentos entre parientes: todo cuanto sea necesario para asegurar al acreedor mantenimiento, alojamiento, vestido, educación, atención médica, medicamentos y condiciones de vida adecuados a su edad y salud, etc. La ley aplicable regirá en especial si, en qué medida y a quién el acreedor puede reclamar los alimentos del deudor; quién está legitimado pasivamente, es decir, quién tiene la cualidad de deudor; la medida en que el acreedor puede reclamar alimentos, si los indispensables para procurar sustento, abrigo y habitación o alimentos de acuerdo con un cierto estándar de vida; si los alimentos pueden solicitarse para períodos pasados; la base para el cálculo siempre teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado final del art. 40 de la Ley; los plazos de interposición de la acción de reclamación de alimentos y su naturaleza; las circunstancias bajo las cuáles puede solicitarse una revisión del crédito, tanto por el acreedor como por el deudor; la subrogación del pagador en la posición del deudor en los casos de pago de alimentos por tercero, incluso si éste es una entidad pública.

Exluidas del ámbito de aplicación de la norma están las relaciones jurídicas en las que se basa potencialmente la obligación alimenticia. La determinación, por ejemplo, del vínculo familiar del que pueda derivar una obligación alimenticia es algo que no regula el art. 40 de la Ley, sino la correspondiente norma de conflicto ad hoc: el art. 29 en cuanto a la validez del matrimonio, el art. 34 en cuanto a la existencia de una relación de convivencia análoga a la conyugal, el art. 35 en lo atinente a la filiación, etc. A pesar de que podría pensarse en "extender" la orientación material favorable al acreedor alimienticio tal cual se articula en los párrafos primero y segundo del art. 40 y, por ejemplo, preferir la ley de la residencia habitual o la del foro en función de la que determinase la existencia de la relación de filiación en la que se fundamenta la obligación alimenticia, ello crearía más problemas que los que resuelve y podríamos encontrarnos con la existencia o la inexistencia de una relación familiar en función de que aparecesiese, o no, vinculada a una reclamación alimenticia. La relación familiar debe existir o no y ser la misma sea cual sea el efecto que se pretender derivar de ella y sea cual sea la ley aplicable a dicho efecto.

<sup>&</sup>lt;sup>397</sup>Vid. sobre esta opción de ley aplicable S. Álvarez González, Crisis matrimoniales internacionales y obligaciones alimenticias entre cónyuges, Madrid, Civitas, 1996.

## Sección cuarta

## Sucesiones y donaciones

- Art. 41. Sucesión por causa de muerte. 1. La sucesión por causa de muerte se rige por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, esta ley se aplicará a toda la sucesión con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar donde se encuentren.
- 2. El testador podrá someter la totalidad de su sucesión a la ley de su domicilio o de su nacionalidad en el momento de la elección. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de forma indubitada de los términos de una disposición de ese tipo.
- 3. Los testamentos otorgados de conformidad con la ley del domicilio del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley rectora de la sucesión. En todo caso, las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga de los que pudieran ser beneficiarios el cónyuge o los hijos del causante se ajustarán, en su caso, a la ley rectora de la sucesión de conformidad con los apartados primero y segundo del presente artículo.
- 4. Los pactos sucesorios que afecten a una sola sucesión celebrados de conformidad con la ley del domicilio del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley rectora de la sucesión. Los pactos sucesorios que afecten a más de una sucesión se regirán por la ley del domicilio de cualquiera de los otorgantes elegida de forma expresa por todos ellos; en ausencia de elección, por la ley del domicilio común de los otorgantes en el momento de la celebración del pacto; en su defecto, por su ley nacional común y en defecto de esta, por la ley más estrechamente vinculada al pacto, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

En todo caso, las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga de los que pudieran ser beneficiarios el cónyuge o los hijos del causante se ajustarán, en su caso, a la ley rectora de la sucesión de conformidad con los apartados primero y segundo del presente artículo.

- 5. La partición de la herencia se rige por la ley aplicable a la sucesión, a menos que los llamados a la herencia hayan designado, de común acuerdo, la ley del lugar de la apertura de la sucesión o del lugar en que se encuentra la mayor parte de los bienes hereditarios.
- **300.** El art. 41 de la Ley aborda la ley aplicable al fondo de la sucesión *mortis causa*. La complejidad de esta materia viene atestiguada desde siempre por los grandes modelos que dividen al Derecho comparado el que aboga por una solución unitaria para toda la sucesión (modelo monista o de unidad) y el que aboga por una solución distinta para la sucesión mobiliaria y para la sucesión inmobiliaria (mode-

lo dualista o *escisionista*)<sup>398399</sup>. La solución unitaria, a su vez, plantea la alternativa entre la ley nacional del causante y la ley de su domicilio o de su residencia habitual temporalmente localizadas en el momento de su muerte. El modelo dualista suele aplicar la lex rei sitae a la sucesión inmobiliaria y una ley personal, de ordinario la ley del último domicilio del causante, a la sucesión mobiliaria (v.gr., Francia, Bélgica o Reino Unido). Esta segunda opción parte de la aceptación potencial de varias masas hereditarias sujetas a varios sistemas, parte en definitiva del fraccionamiento de una única sucesión. Hay que precisar, además, que ninguno de los dos grandes sistemas o modelos se caracteriza por incorporar orientación material o sustantiva en la selección de la ley. Las normas de conflicto en que se concreta cada uno de ellos son neutras. La ley del lugar de situación de un bien inmueble determinará el régimen sucesorio del mismo, sea cual sea; y lo mismo cabe decir de la ley del último domicilio del causante o de la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento. En otras palabras, la materialización de la norma de conflicto no ha sido una necesidad en materia de identificación de la ley rectora de la sucesión internacional. La determinación de la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte no se mueve por la búsqueda de una ley que conceda más derechos al cónyuge supérstite, o a los hijos, o que conceda una mayor libertad de disposición al causante, o la restrinja fuertemente en beneficio de los legitimarios, etc. Todas estas cuestiones sustantivas o materiales y otras de similar índole han sido ajenas a la norma de conflicto que selecciona la ley aplicable a la sucesión.

**301.** Este panorama se concreta en el art. 41 de la Ley que, por un lado, opta por un modelo de unidad en la reglamentación de la sucesión mortis causa y, por otro, es continuista en relación con la ausencia de orientación material o sustantiva en la determinación de la ley aplicable. Además, en la concreción de la solución monista o unitaria, la Ley acoge la conexión del último domicilio del causante como criterio determinante. Se trata de un precepto moderno y completo que no tiene parangón en el Derecho comparado de Caribe.

La opción por una única ley que gobierne toda la sucesión, tal cual establece el art. 41.1° regla segunda, tiene ciertas ventajas sobre la opción por un modelo de fraccionamiento; la más evidente, es la posibilidad de que el causante pueda planificar fácilmente su sucesión bajo los auspicios de una única ley, sin necesidad de realizar una a veces muy compleja labor de cómputo y adaptación de todas las leyes en presencia (pensemos en que es propietario de bienes inmuebles distribuidos en distintos países), con lo que ello supone a la hora de tener en cuenta limitaciones distintas a la libertad de testar, causas de desheredación también diferentes, etc. La opción por el modelo unitario es también la que en los últimos tiempos ha gober-

<sup>&</sup>lt;sup>398</sup> CONC.: Art. 57 Código DIPr panameño; arts. 90 *et seq*. Ley DIPr suiza; arts. 3098-3101 (Cc Quebec); arts. 78 *et seq*. Código DIPr belga; art. 46 Ley DIPr italiana; arts. 28 y 29 Ley DIPr austriaca; art. 64 Ley DIPr polaca; art. 38 Proyecto dominicano; arts. 76 a 81 Proyecto mexicano; art. 83 Proyecto boliviano; art. 30 Proyecto uruguayo; art. 40 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>399</sup>Vid. J. Héron, Le morcellement des successions internationales, Paris, Economica, 1999; F. Boulanger, Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles, Paris, Económica, 2004.

nado la codificación internacional del DIPr y la solución Europea<sup>400</sup>. Especialmente significativa es la labor de la Conferencia de La Haya en cuyo seno, delegados de países con culturas jurídicas muy diversas y muchos de ellos consagrando un sistema dualista o de escisión en la ley aplicable a la sucesión, consensuaron de forma rápida y sin grandes problemas una solución unitaria<sup>401</sup>.

Dentro de esta opción monista o unitaria –principio de unidad y universalidad de la sucesión– la ley del último domicilio del causante es una ley apropiada. Es también la recogida por los dos instrumentos internacionales más completos y modernos sobre la materia<sup>402</sup>. La razón no es otra que la idea de que es precisamente en ese domicilio donde se encuentra el centro de vida del causante y, lo más importante, el centro de sus intereses patrimoniales; donde probablemente tenga la mayor parte de su patrimonio.

Ciertamente, esto no tiene por qué ser siempre así, y la regla del art. 41.2° de la Ley introduce otro evidente elemento de modernización de la ley aplicable a la sucesión mortis causa: la llamada professio iuris o posibilidad de que el causante puede elegir la ley aplicable a la totalidad de su sucesión<sup>403</sup>. La introducción de esta posibilidad de elección de ley se justifica, en primer lugar, en la importancia de la autonomía de la voluntad en materia sucesoria. La idea de que la voluntad del causante, allí donde la ha manifestado a través de testamento o pacto sucesorio, es la ley de la sucesión está ampliamente extendida tanto en sistemas de civil law como en los sistemas de common law. La norma lo único que hace es proyectar esa improtancia de la autonomía de la voluntad más allá de la mera autonomía autorregulativa; llevarla a una verdadera "autonomía conflictual" como, por otro lado, se recoge en otras soluciones previstas por la Ley para cuestiones personales y familiares<sup>404</sup>. En este mismo sentido, la posibilidad de someter la sucesión a una ley determinada no puede ser absolutamente libre; las leyes potencialmente elegibles han de tener una vinculación suficiente con el causante y esta vinculación la poseen, sin lugar a dudas, la ley de su domicilio y la de su nacionalidad en el momento de la elección. Esta delimitación de leyes ofrece al causante un abanico de posibilidades lo suficientemente atractivo como para que pueda organizar su sucesión de manera coherente conforme a una ley próxima y, sobre todo, previsible. Con ello elimina cualquier incertidumbre sobre cuál pueda ser su domicilio en el momento del fallecimiento asegurando que su voluntad (dentro de lo que le permita la ley elegida y sus eventuales modificaciones con el transcurso del tiempo) será efi-

<sup>&</sup>lt;sup>400</sup> Es la opción tanto del Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, como del Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo

<sup>&</sup>lt;sup>401</sup>Vid. los ilustrativos debates sobre este aspecto en las Actas de la Conferencia: Conférence de La Haye, Actes et documents de la Seizième session (1988), Tome II – Successions – loi applicable, La Haya, Editions SDU, 1991.

<sup>&</sup>lt;sup>402</sup> Convenio y Reglamento citados, aunque debe precisarse que en ellos es nominalmente la residencia habitual y no el domicilio el factor de conexión retenido.

<sup>&</sup>lt;sup>403</sup>Vid. de forma monográfica y profunda sobre esta posibilidad, J.M. Fontanellas Morell, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

<sup>&</sup>lt;sup>404</sup>Vid. supra, art. 25 en materia de nombre de las personas físicas; art. 31, en materia de relaciones matrimoniales entre cónyuges; y art. 33 en materia de separación y divorcio.

caz más allá de su muerte. Cuando el causante posea más de una nacionalidad, podrá someter su sucesión a cualquiera de las nacionalidades que ostente en el momento de la elección. Por otro lado, la misma esencia de la autonomía conflictual unilateral que consagra este precepto hace que la *professio iuris* a favor de una ley pueda ser revocada en cualquier momento posterior (siendo la ley sucesoria entonces la de su último domicilio) o cambiada por otra: por ejemplo el causante sometió su sucesión a la ley del domicilio actual y con posterioridad decidió someterla a la ley de su nacionalidad.

Un aspecto importante en relación a esta *professio iuris* es la posibilidad de que sea tanto expresa como tácita. Sin duda que la elección expresa es la que deber ser aconsejada en aras a eliminar cualquier conflicto sobre la ley aplicable, pero no puede desconocerse que en muchas ocasiones el causante tiene una clara intención de someter su sucesión a una determinada ley, cuyas instituciones típicas e, incluso, preceptos concretos son citados y/o reproducidos en su testamento. Si tales términos se vinculan inequívocamente a una de las posibles leyes elegibles, habrá que considerar que ha existido tal elección de ley sucesoria. Elección que, en todo caso, tanto en primera instancia como en posteriores vicisitudes (revocación, alteración) ha de tener la forma de disposición *mortis causa*<sup>405</sup>.

**302.** El párrafo tercero de este art. 41 introduce una norma especial para los supuestos de anticipación sucesoria mediante el otorgamiento de un testamento. Da respuesta a la situación, que no tiene por qué ser infrecuente, en la que el testamento se redacta al amparo de la ley del domicilio "actual" que resulta no ser a la postre el último domicilio del causante que será ley sucesoria. Este conflicto móvil puede desencadenar la radical ineficacia de los testamentos que no tuvieron para nada en cuenta la ley sucesoria, sencillamente, porque el testador la desconocía. La regla del art. 41.3° de la Ley trata de salvar en la medida de lo posible la planificación sucesoria efectuada conforme a la ley del domicilio conservando su validez con el límite de las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga a los que tengan derecho cónyuge e hijos. Estos derechos serán determinados por la ley rectora de la sucesión, ley del domicilio del causante en el momento del fallecimiento o ley elegida en virtud del art. 41.2° de la Ley. Obviamente, en este segundo caso, lo lógico es que el testamento ya se haga conforme a la ley elegida y el problema que trata de resolver el apartado que comentamos ni siquiera se plantee. De hecho, una de las grandes virtudes que posee la professio iuris es, precisamente, evitar este potencial cambio de ley aplicable.

En todo caso, cuando el supuesto de hecho del art. 41.3° de la Ley concurra, el testamento realizado conforme a una ley próxima, la del domicilio "actual" del causante, seguirá siendo válido con la corrección de unas legítimas que la regla limita a hijos y al cónyuge y no a cualquier otro legitimario más alejado del causante. Es, de nuevo, un tributo al respeto por la voluntad del causante y, en fin, un modo de paliar que ante un cambio de ley como el que la norma prevé, esa libertad quede excesivamente limitada, pues no ha de perderse de vista, que el causante ya

<sup>&</sup>lt;sup>405</sup>Vid. infra comentario al art. 42 de la presente Ley.

respetó las legítimas de la ley de su domicilio en el momento en que redactó el testamento y someter éste a una especie de "doble escrutinio" no resulta adecuado.

303. La regla relativa a los pactos sucesorios refleja una complejidad similar a la que los propios pactos sucesorios tienen en el Derecho de sucesiones allí donde son admitidos. En los pactos que afectan a una sola sucesión, la solución prevista es muy similar a la que se arbitra para los testamentos: serán pactos que conserven su validez siempre que se hayan ajustado a la ley del domicilio del causante en el momento de realización del pacto (v.gr., un pacto entre un padre y un hijo por el que el segundo renuncia a sus derechos hereditarios a cambio de un beneficio de presente). En los casos de pactos que afectan a más de una sucesión (v.gr., un pacto de institución recíproca de herederos entre dos cónyuges) la solución es más compleja. La idea de que un pacto sucesorio ha de estar regulado en cuanto a su régimen jurídico por una sola ley exige elegir entre las potenciales leyes en presencia: de nuevo la Ley opta, en primera instancia, por dejar en manos de los interesado la elección de cualquiera de las leyes de su domicilio en el caso en que no sea un domicilio común; en defecto de dicho pacto será, precisamente, la ley del domicilio común la rectora de la validez y régimen jurídico del pacto (esta será en la mayoría de las ocasiones la ley rectora); en ausencia de domicilio común entra en juego la otra ley personal: la nacionalidad común. Teniendo en cuenta la configuración de los pactos sucesorios y su frecuente limitación a su realización entre personas pertenecientes a la misma familia, puede no ser infrecuente el sometimiento del pacto a esta ley (v.gr., padres e hijos con la misma nacionalidad pero domiciliados en países distintos). Por último, cuando la situación esté tan sumamente dispersa en el espacio -y los pactantes no hayan tenido el cuidado de elegir la ley aplicable al pacto- será la ley más estrechamente vinculada al pacto (no a los pactantes, aunque claramente éstos también son relevantes) la rectora del pacto sucesorio.

Deben tenerse en cuenta a este respecto dos aspectos importantes: en primer lugar, que la ley rectora de la validez y régimen jurídico del pacto sucesorio puede ser distinta de la ley sucesoria. Y seguirá siendo esta segunda, como en el caso de los testamentos, la que determine el alcance de las legítimas de cónyuge e hijos. En segundo lugar, como consecuencia de esta posible disociación entre ley aplicable al pacto sucesorio y ley sucesoria, hay que puntualizar que la autonomía de la voluntad que permite a los pactantes elegir la ley del domicilio de cualquiera de ellos no puede confundirse con la *professio iuris* consagrada en el art. 41.2° de la Ley. Esta última es unilateral, esencialmente modificable por la voluntad del causante y determinante de la ley sucesoria. La que opera en materia de pactos es bilateral, no modificable por exclusiva voluntad de uno de los pactantes, y limitada a la validez del pacto: no determina la ley sucesoria. Ello no obsta para que, en una sucesión bien planificada, la ley rectora del pacto y la ley sucesoria puedan coincidir a través de la combinación de las posibilidades que ofrecen los párrafos 2 y 4 del art. 41.

**304.** El art. 41 de la Ley termina con una nueva norma que flexibiliza una solución clásica, cual es la aplicación de la ley sucesoria a las operaciones particionales. Esta solución da entrada de nuevo a la autonomía de la voluntad, pero esta vez no del causante, sino de los realmente interesados en la sucesión: los llamados por

cualquier tipo de vocación, testada, intestada o paccionada. Estos podrán realizar la partición conforme a lo dispuesto por la ley sucesoria (ley del último domicilio del causante o la ley elegida por éste mediante el ejercicio de la *professio iuris*) o bien por la que ellos acuerden de entre aquella donde la sucesión se abre y la del país donde se hallen la mayoría de los bienes hereditarios.

305. Por lo demás, hay que señalar que la ley sucesoria será de aplicación a las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión; la determinación de los herederos, legatarios u otros beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de cualquier otro derecho sucesorios, incluido los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites; la capacidad para suceder; las causas de desheredación y de incapacidad de suceder por estar incurso en causa de indignidad; la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia; las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia; la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia; la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición mortis causa, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o contra los herederos u otros beneficiarios; la obligación de reintegrar, computar o colacionar las donaciones o liberalidades realizadas en vida por el causante; y la partición de la herencia con la matización efectuada en el último párrafo del artículo.

Art. 42. Forma de las disposiciones testamentarias. Las disposiciones testamentarias serán válidas en cuanto a la forma si se ajustan a lo dispuesto por la ley del lugar de disposición, o por la ley del domicilio del causante en el momento de la disposición o en el momento del fallecimiento, o por la ley nacional del causante en el momento de la disposición o en el momento del fallecimiento.

**306.** La ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias siempre ha estado presidida por un objetivo: el *favor validitatis* o la determinación de la ley más favorable a la validez formal de la disposición<sup>406</sup>. Ciertamente, no es esta finalidad privativa de la forma de las disposiciones testamentarias. En general, la forma y solemnidades de los actos jurídicos se ha sujetado desde muy antiguo a una regla de alternatividad *in favorem*, al menos entre la ley rectora del fondo y la ley del lugar de conclusión del acto<sup>407</sup>. No obstante tal objetivo alcanza hasta la fecha, su

<sup>&</sup>lt;sup>406</sup> CONC.: Art. 93 Ley DIPr suiza; art. 84 Código DIPr belga; art. 48 Ley DIPr italiana; art. 66 Ley DIPr polaca; art. 39 Proyecto dominicano, art. 85 Proyecto boliviano; art. 31 Proyecto urugua-yo; art. 42 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>407</sup>Vid. M. Requejo Isidro, La ley local y la forma de los actos en Derecho internacional privado español, Madrid, Eurolex, 1998, donde se explica este principio desde una perspectiva histórica y de Derecho comparado.

máxima expresión en materia sucesoria: el Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de 5 de octubre de 1961, lo atestigua de forma fehaciente<sup>408</sup>.

El art. 42 de la Ley ofrece hasta cinco potenciales leyes distintas que están llamadas a valorar de manera alternativa la validez formal de una disposición *mortis causa*. Basta con que la disposición sea formalmente válida para una de las leyes en presencia para que la validez se afirme con independencia de que no lo sea para las demás.

**307.** La regla se aplica tanto a la validez de las disposiciones testamentarias otorgadas por primera vez como a la revocación o modificación de dichas disposiciones. En este caso, la aplicación pura y simple de la regla lo único que hace es desplazar en el tiempo los criterios de conexión que describe: habrán de tenerse en cuenta en el momento de la revocación, modificación, etc. Sin embargo, dada su finalidad, la regla retenida no descarta que pueda considerarse formalmente válida una modificación o revocación de disposición testamentaria si se ajusta a una ley de acuerdo con la cuál la disposición original era válida. Si, por ejemplo, –haciendo abstracción a efectos meramente explicativos del resto de las posibles leyes— un testamento era válido en cuanto a la forma de acuerdo con la ley del lugar de otorgamiento y es revocado con posterioridad en otro lugar, la revocación sería formalmente válida cumpliendo los requisitos formales de este segundo lugar, o cumpliendo los requisitos formales del lugar de otorgamiento del testamento. Se trata de una extensión lógica del mismo principio *favor validitatis* que gobierna el art. 42.

Asimismo, la regla se aplica a todo tipo de disposición por causa de muerte, testamento de cualquier tipo –incluyendo los casos en los que dos personas otorgan dos testamentos en el mismo acto–, los pactos sucesorios de cualquier tipo y, como se ha dicho, las declaraciones de elección de ley en los términos prescritos por el **art. 41** (*professio iuris*), así como cualquier tipo de acto por el que se revoque o modifique tanto la disposición testamentaria como la *professio iuris*.

Art. 43. Sucesión del Estado. Cuando la ley aplicable a la sucesión, en el caso de que no haya herederos, no atribuya la sucesión al Estado, los bienes sucesorios ubicados en Caribe pasan a ser propiedad del Estado caribeño.

**308.** El problema de la atribución de bienes sucesorios al Estado u otros organismos jurídico públicos a él vinculados o de él dependientes, o a entidades territoriales con autonomía propia dentro del Estado es clásico y precisa una respuesta concreta para evitar el bloqueo a que puede dar lugar una reivindicación concurrente de dos Estados sobre los mismos bienes o, por el contrario, una dejación o aban-

<sup>&</sup>lt;sup>408</sup> Este Convenio vincula a más de cuarenta Estados de la comunidad internacional, entre los que se encuentran Antigua y Barbuda y Granada de entre los países de OHADAC.

dono igualmente concurrente de dos Estados sobre los bienes o determinados bienes del causante<sup>409</sup>. Ello es debido a la distinta concepción del papel del Estado en el fenómeno sucesorio: mientras que algunos ordenamientos jurídicos consideran al Estado como heredero de última llamada, otros se apartan de esta calificación sucesoria y consideran que el Estado puede aprehender los bienes vacantes en su territorio en función de un derecho de apropiación de naturaleza pública. En este escenario, cuando, por ejemplo, la ley sucesoria corresponde a un Estado que no considera a éste "heredero" sino que le atribuye un mero derecho de apropiación sobre los bienes situados en su territorio, aquellos bienes situados en un Estado diferente pueden encontrarse en una situación de bona vacantia si la ley del lugar de situación califica el derecho del Estado como genuinamente sucesorio: el primer Estado no reivindica los bienes fuera de su territorio por no tener título para ello y el segundo no reivindica los situados en su territorio por la misma razón. La situación contraria, es menos problemática: si el Estado cuya ley rige la sucesión se considera heredero de todos los bienes del causante a título de tal, reivindicará la titularidad de dichos bienes cualquiera que sea el lugar donde se encuentren; es verdad que tal reivindicación solo será eficaz si los demás países en los que radiquen bienes del causante no se oponen, bien porque también reconocen ese derecho, bien porque aun considerando que pudieran tener una regalía sobre los mismos, aplican la ley sucesoria en su integridad y asumen la naturaleza de heredero del Estado extranjero<sup>410</sup>.

**309.** Este planteamiento en cierta manera ortodoxo desde un punto de vista estrictamente conflictual conduce a un tratamiento más amable a los Estados cuyas leyes los consideran verdaderos herederos que a los que ostentan meramente derecho privilegiado de apropiación sobre los bienes sitos en sus territorios y, sobre todo, deja sin resolver el destino de los bienes no reivindicados por ninguna de las leyes en el primero de los ejemplos propuestos: ¿existe algún tipo de prerrogativa sobre ellos o pasan a integrar un supuesto genérico de *res nullius* sujeto a las reglas de ocupación de la *lex rei sitae*? El art. 43 de la Ley ofrece una respuesta material y directa a esta pregunta que, por un lado, respeta lo dispuesto en la ley sucesoria hasta sus últimos extremos<sup>411</sup>, y por otro, resuelve el supuesto de un eventual con-

<sup>&</sup>lt;sup>409</sup> Art. 49 Ley DIPr italiana y en el art. 41 Proyecto dominicano; art. 88 Proyecto boliviano.

<sup>&</sup>lt;sup>410</sup>Fue el supuesto clásico *Re Maldonado (deceased); State of Spain v Treasury Solicitor. Court of Appeal*, [1954] P 223, [1953] 2 All ER 1579, [1954] 2 WLR 64.

<sup>&</sup>lt;sup>411</sup> Otras posibilidades son imaginables: el reciente art. 33 del Reglamento (UE) 650/2012, toma claramente partido por la vía de la apropiación, del interés público, al margen de la ley sucesoria, dado que señala: "En la medida en que, conforme a la ley aplicable a la sucesión determinada por el presente Reglamento, no hubiera heredero ni legatario de ningún bien en virtud de una disposición mortis causa, ni ninguna persona física llamada por esa ley a la sucesión del causante, la aplicación de dicha ley no será obstáculo para que un Estado miembro o una entidad designada por dicho Estado miembro pueda tener el derecho de apropiarse, en virtud de su propia ley, de los bienes hereditarios que se encuentren situados en su territorio, siempre y cuando los acreedores pue dan obtener satisfacción de sus créditos con cargo a los bienes de la totalidad de la herencia". Debe tenerse en cuenta, la alusión que se hace tanto a la "disposición *mortis causa*" como a la "persona física llamada", por la ley de la sucesión. Tampoco es la solución prevista por la Ley de DIPr venezolana que privilegia el derecho de apropiación del Estado de Venezuela frente a posibles Estados herederos extranjeros (art. 36). *Vid.* T. B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado: tres* 

flicto negativo, ausencia de reivindicación de los bienes localizados en Caribe, al atribuir directamente dichos bienes al Estado de situación. Sintetizando, si la ley sucesoria considera heredero al Estado, éste hereda; si no, los bienes de la herencia localizados en Caribe pasan directamente a ser propiedad del Estado caribeño<sup>412</sup>. Respecto de los localizados en otros países, obviamente, nada se regula.

Art. 44. *Donaciones*. 1. Las donaciones se rigen la ley del domicilio del donante al momento de la donación.

- 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el donante puede, por declaración expresa conjuntamente con la donación, someterla a la ley de su nacionalidad.
- 3. La donación es válida, en cuanto a la forma, si es considerada como tal por la ley que rige su contenido o por la ley del Estado en donde se realiza.

**310.** Esta norma se refiere a la ley rectora de las donaciones y ello requiere una primera labor de calificación de la institución que no resulta excesivamente compleja, habida cuenta de que el Derecho comparado suele identificar de forma más o menos homogénea los dos elementos clave de este negocio: su gratuidad y su efecto de empobrecimiento del donante con el correspondiente enriquecimiento del donatario<sup>413</sup>.

Desde una perspectiva más sistemática, uno de los problemas tradicionales que ha planteado la determinación de la ley aplicable a las donaciones en el Derecho internacional privado, además de el de su propia conceptualización, es su consideración bien como un acto vinculado a la esfera individual o personal del individuo o bien como un acto estrictamente negocial o contractual, donde la faceta o dimensión personal cedería su lugar a la económica<sup>414415</sup>. Tanto la ubicación sistemática del art. 44 de la Ley como sus soluciones particulares en cuanto a la identificación de la ley aplicable (ley personal y posibilidad de elección unilateral por parte del donante) se decantan por la dimensión personalista de la ley aplicable a la donación.

años de su vigencia, op. cit., pp. 90–91, donde se hace eco de las críticas sobre la ausencia de armonía internacional que su solución alberga.

<sup>&</sup>lt;sup>412</sup>Vid. esta misma solución en el art. 49 Ley DIPr italiana y en el art. 40 Proyecto dominicano; vid. tambien art. 113 Ley Dipr panameña.

<sup>&</sup>lt;sup>413</sup>"La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta" (art. 1433 Código civil de Colombia). "Por el contrato de donación una persona, a expensas de su patrimonio, trasmite gratuitamente la propiedad de un bien en favor de otra que la acepta" (art. 371 Cc de Cuba). "La donación es el contrato por el cual una persona transfiere gratuitamente una cosa u otro derecho de su patrimonio a otra persona que lo acepta" (art. 1.431 Cc de Venezuela).

<sup>&</sup>lt;sup>414</sup> CONC.: Art. 56 Ley DIPr italiana; art. 41 proyecto dominicano; art. 66 Proyecto Código Modelo de DIPr mexicano; art. 28 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>415</sup>Vid. P. Jiménez Blanco, "El Derecho aplicable a las donaciones", Revista Española de Derecho Internacional, 1997, pp. 63–89.

La otra gran cuestión, cada vez más común en función del grado de especialización de las soluciones de Derecho internacional privado y, como consecuencia de ello, la proliferación de una multitud de normas de conflicto para regular aspectos en ocasiones intrínsecamente vinculados, es la delimitación entre la ley rectora de las donaciones con carácter general, y la rectora de otras cuestiones como, singularmente, los efectos patrimoniales del matrimonio y las sucesiones. Resulta en este sentido clásica la necesidad de determinar si las donaciones por causa de muerte se rigen por la ley rectora de la sucesión o por la rectora de las donaciones<sup>416</sup>; y otro tanto ocurre con las llamadas donaciones por razón de matrimonio<sup>417</sup>: ¿se someten a la ley rectora de las donaciones o a la de los efectos patrimoniales entre los cónyuges?.

En el caso de las donaciones *mortis causa*, su inclusión en el ámbito de aplicación de este precepto o en la órbita del art. 44 de la Ley dependerá de si el efecto típico de la donación (empobrecimiento del donante más enriquecimiento del donatario) se hace depender exclusivamente de la muerte del donante previa a la del donatario, o dicha muerte es simplemente el motivo o la condición para la realización de una donación que se pretende que tenga eficacia inmediata. En el primero de los casos será la ley rectora de las donaciones la competente y en el segundo la propia ley rectora de la sucesión<sup>418</sup>. Las donaciones por razón de matrimonio que estén desvinculadas de un específico objetivo de contribución al sostenimiento del patrimonio conyugal no tienen por qué escapar al ámbito de aplicación de la norma que comentamos, aunque cuando el Derecho rector de los efectos del matrimonio las considere indisolublemente unidas a dicho sostenimiento podrían ser incluidas dentro de su ámbito<sup>419</sup>

En este mismo orden de ideas también plantean problemas de calificación las llamadas donaciones remuneratorias (hecha en agradecimiento al donatario o en consideración de sus méritos), aquellas en las que se impone algún tipo de obligación al donatario, o las que no aparecen exentas como genuino negocio gratuito, sino que se integran en un negocio mixto, con parte gratuita y parte onerosa. En todos estos supuestos la clave de la calificación es la señalada derivada de la triple condición, gratuidad, empobrecimiento y enriquecimiento, de tal manera que en ocasiones, podrá procederse a una escisión de la ley aplicable, rigiendo, por ejemplo, la rectora de la donación en la parte gratuita y la rectora del negocio jurídico oneroso de que se trate en la restante.

<sup>&</sup>lt;sup>416</sup> En algunos supuestos la calificación derivada del Derecho civil es inequívoca. Art. 943 Cc de Guatemala: "Las donaciones por causa de muerte se rigen por las mismas disposiciones de los testamentos sobre legados". Art. 1393 Cc de Costa Rica:"La donación que se haga para después de la muerte, se considera como disposición de última voluntad y se rige en todo por lo que se dispone para testamentos".

<sup>&</sup>lt;sup>417</sup> Art. 1842 Cc de Colombia: "Las donaciones que un esposo hace a otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, y las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio, y en consideración a él, se llaman en general donaciones por causa de matrimonio".

<sup>&</sup>lt;sup>418</sup> P. Jiménez Blanco, *loc. cit.*, p. 77.

<sup>&</sup>lt;sup>419</sup> *Ibíd.*, p. 74.

**311.** Como se ha señalado, la respuesta que ofrece el art. 44 de la Ley es nítidamente personalista y acoge en diversa medida a las leyes personales del donante: será aplicable la de su domicilio salvo que opte expresamente por la de su nacionalidad (o la de cualquiera de sus nacionalidades en caso de poseer varias). Estas soluciones se concretan temporalmente en el momento de la donación, algo que de forma expresa se señala en el apartado primero y de forma cierta ("declaración expresa conjuntamente con la donación") en el segundo. Esta concreción temporal es un tributo a la dimensión negocial de la donación y hace que, en el caso de la elección de ley, ésta no pueda modificarse o revocarse con posterioridad (tal cual, por ejemplo, puede hacerse con la *professio iuris* sucesoria).

El párrafo tercero contempla una necesaria norma aplicable a la forma de la donación que, participando del *favor validitatis* inherente a la ley aplicable a las formalidades de los actos, se caracteriza por su mesura: dos leyes potencialmente aplicables, la *lex loci celebrationis* y la *lex causae*. La solución es más sobria que la que se arbitra para la forma de las obligaciones contractuales<sup>420</sup> marcando esta dimensión personal a la que se ha hecho alusión.

312. La ley designada por el art. 44 para regir la sucesión se aplicará a los requisitos de capacidades especiales para ser donante así como para ser donatario, en este caso, con especial mención de las prohibiciones o limitaciones para recibir donaciones. Esta regla se puede ver excepcionada cuando tales prohibiciones o limitaciones estén intrínsecamente vinculadas a una relación distinta que les da su sentido: por ejemplo en el caso de donaciones en las que se disponga o pretenda disponer de bienes del hijo o del pupilo, las condiciones impuestas a quien ostenta la patria potestad, responsabilidad parental u otra relación análoga y al tutor son directamente tributarias de la tutela de los intereses del hijo menor o del incapaz y debe ser la ley rectora de tales aspectos la que se aplique.

Tampoco será de aplicación la ley rectora de la donación a las vicisitudes que esta pueda desplegar dentro de la sucesión del donante. Como más atrás se puso de manifiesto<sup>421</sup>, la obligación de cómputo, imputación, reducción y eventual colación de las donaciones y demás liberalidades hechas por el causante durante su vida viene determinada por la ley sucesoria, por más que ello plantee una importante indefinición sobre la consolidación de los efectos de la donación.

## Sección Quinta Obligaciones contractuales

Art. 45. *Autonomía de la voluntad*. 1. El contrato se rige por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en

<sup>&</sup>lt;sup>420</sup>Vid. infra comentario al **art. 51** de la presente Ley.

<sup>&</sup>lt;sup>421</sup>Vid. supra comentario al **art. 42** de la presente Ley.

su defecto, debe desprenderse de forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de la ley aplicable.

- 2. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por el que se regía anteriormente, independientemente de si la ley anterior era aplicable en virtud de una elección anterior o en virtud de otras disposiciones de la presente Ley. El cambio de la ley aplicable no afectará a los derechos de terceros.
- **313.** La potestad de las partes en un contrato internacional para elegir el sistema jurídico que ha de regirlo constituye un principio reconocido en la práctica totalidad de los sistemas de DIPr, dentro de lo que se conoce como "autonomía conflictual" Esta noción comporta la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad. No obstante el alcance de la autonomía conflictual en los sistemas de DIPr de Amérca latina y aún caribeños sigue siendo un tema polémico que se vincula en algunos casos a la particular consideración del modelo del c*ommon law* sobre esta cuestión 423.

<sup>&</sup>lt;sup>422</sup> CONC.: Art. 116Ley DIPr suiza; art. 98 Código DIPr belga; art. 57 Ley DIPr italiana; arts. 37-37 Ley DIPr austriaca; art. 26 Ley DIPr polaca; art. 42 Proyecto dominicano; arts. 88 a 93; Proyecto mexicano; art. 63 Proyecto boliviano; arts. 48 y 49 Proyecto uruguayo; art. 52 Proyecto colombiano; Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994.

<sup>&</sup>lt;sup>423</sup>En el sistema postoriqueño es de referencia obligada el caso Maryland Casualty Co.v. San Juan Racing Association, Inc., 8 D.P.R. 559 (1961), a partir de una controversia típica de conflicto de leyes en materia de contratos de seguros. La póliza de seguro se había emitido en la oficina principal del asegurador en Pensilvania, pero había sido refrendada por el agente local del asegurador en Puerto Rico, en donde se domiciliaba el asegurado y en donde se localizaba el riesgo asegurado. El Tribunal Supremo señaló que el hecho de que la póliza se refrendara en la Isla permitiría aplicar la ley de Puerto Rico si se adoptara la regla de que la ley aplicable es la del lugar en el que se ejecutó el último acto necesario para la validez del contrato. Id. p. 564. Sin embargo, persuadido por precedentes del Tribunal Supremo federal y de tribunales estatales de Estados Unidos, el tribunal descartó las "teorías conceptualistas del 'lugar de contratación' " y fundamentó, con criterios más amplios, la aplicación de la ley de Puerto Rico. Id., pág. 562-566. En aquel momento el Derecho estadounidense en materia de conflicto de leyes se apartaba de la regla lex locicontractus y se movía hacia el enfoque de "centro de gravedad", descrito por el tribunal como la doctrina que "sostiene que la ley del estado que tiene más contacto con la cosa objeto del contrato es la aplicable, ya que se presume que ese estado es el que más interés tiene en cualquier cuestión que surja relacionada con dicho contrato". Id. pág. 565. Sin embargo, el tribunal también discutió extensamente las posturas de autoridades españolas en materia de contratos de adhesión y concluyó que "la doctrina que sostiene la aplicación de las leyes del estado que tiene más contacto, relación más estrecha con el contrato, [se justifica] por el enorme interés que tiene éste en proteger los intereses de sus ciudadanos". Id. pp. 565-568 Igualmente, el tribunal enfatizó que ese interés del estado es particularmente importante en relación con el contrato de seguro, en el cual el asegurado generalmente tiene que aceptar lo que propone la compañía aseguradora. Para examinar algunos casos federales de conflicto de leyes en materia contractual en los cuales también se aplica el DIPr puertorriqueño en virtud de la doctrina Erie-Klaxon, véase American Eutectic Weld v.Rodríguez, 480 F.2d 223 (1st Cir. 1973); Lummus Co. v. Commonwealth Oil Refining Co., 280 F.2d 915 (1st Cir. 1960); Gemco Latinoamericana Inc. v.

La manifestación más importante de la autonomía privada es la libertad contractual, que concede a las partes el derecho a decidir por sí mismas si debe concluirse un contrato y con quién debe concluirse (libertad de contratación), y qué contenido debe presentar el contrato (libertad de configuración). A ello se le añade en tercer lugar la libertad de forma, es decir, la ausencia de la obligación de concluir un contrato en forma escrita o en otra forma.

La autonomía conflictual concede a las partes de un contrato la libertad de elección del Derecho. Esto es las partes pueden decidir por sí mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas<sup>424</sup>. Esta libre elección del Derecho en el plano del Derecho positivo está legitimada exclusivamente en el Derecho de cada Estado, y no deriva directamente del postulado de libertad personal, con independencia de la forma en que éste se configure; son por tanto las normas de conflicto del foro y no las partes quienes determinan los criterios de conexión del contrato con un orden jurídico determinado<sup>425</sup>. Sentado esto no cabe duda que el hecho de que sean las propias partes sean quienes decidan sobre cómo quieren defender y equilibrar sus intereses se corresponde con la idea de contrato. De esta suerte la autonomía conflictual no es una mera prolongación de la autonomía privada, sino que es expresión misma de una idea de autonomía y de libertad por encima del Derecho positivo<sup>426</sup>. La libertad de elección de Derecho se justifica esencialmente, de un lado, en la obtención de un importante volumen de seguridad jurídica, en segundo lugar, en el reforzamiento del principio de igualdad para que las partes en el contrato puedan adaptarse al Derecho en el tráfico transfronterizo y, por último, en el postulado de previsibilidad del ordenamiento aplicable<sup>427</sup>.

**314.** La autonomía de la voluntad es también el primer criterio de determinación de la ley aplicable a esta materia en la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 17 de marzo de 1994, suscrita en Méxi-

Seiko Time Corp., 623 F. Supp. 912 (1985); Fojo v. Americana Express Co., 554 F. Supp. 1199 (D.P.R. 1983); Pan American Computer Corp. v. Data General Corp., 467 F. Supp. 969 (1979); Mitsui & Co. v. Puerto Rico Water Resources, 79 F.R.D. 72 (1978); Southern Intern. Sales v.Potter & Brumfield Div., 410 F. Supp. 1339 (1976); Hernández v. Steamship Mut. Underwriting Ass'n Ltd., 388 F. Supp. 312 (1974) y González y Camejo v. Sun LifeAssurance Co. Of Canada, 313 F. Supp. 1011 (D.P.R. 1970).Beatty Caribbean, Inc. v.Viskase Sales Corp., 2 F.Supp.2d 123 (D.P.R.2003); Puerto Rico Telephone Co., Inc.v. U.S. Phone Mnfgn. Corp. 427 F.3d (1st Cir. 2005).

<sup>&</sup>lt;sup>424</sup> Esto se refleja en particular el instrumento legal que constituye la principal referencia a nivel internacional en esta materia, que es el Reglamento (CE) nº 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177/6, 4.7.2008), que recoge las normas uniformes en esta materia en el marco de la Unión Europea y sustituyó al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el que introdujo modificaciones de cierto alcance. Estos instrumentos han servido de referencia en los últimos años en las codificaciones de Derecho internacional privado de países de todo el mundo, incluidos. *Vid.* B. Ancel, "Autonomía conflictual y Derecho material del comercio internacional en las Convenios de Roma y de México", *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 35 et seq.

<sup>&</sup>lt;sup>425</sup> K. Siehr, "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zúrich, Schulthess, 1989, pp. 485 et seq., esp. p. 486.

<sup>&</sup>lt;sup>426</sup> S. Leible, "Außenhandel und Rechtssicherheit", *ZVglRWiss*, 97, 1998, pp. 286 et seq., esp. p. 289

<sup>&</sup>lt;sup>427</sup> S. Leible, "Comercio exterior y seguridad jurídica", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nº 31, 1998, p. 397.

co DF el 17 de marzo de 1994 en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V). La Convención interamericana se elaboró sobre la base de la experiencia del Convenio de Roma de 1980 del que deliberadamente se alejó al menos parcialmente en algunos aspectos, en concreto en el relativo a la determinación del Derecho aplicable al contrato a falta de elección por las partes<sup>428</sup>. Aunque, condicionada por su escasa aceptación, la Convención interamericana ha ejercido una influencia mucho menor que el Convenio de Roma en los legisladores de otras zonas del mundo, pero constituye un elemento de referencia obligada en América.

En efecto, la cuestión de la "contratación internacional" fue incluida por primera vez en la agenda de la CIDIP-IV que se realizó en 1989 estableciendo la Conferencia una serie de criterios básicos relativos a la ley aplicable en materia de contratos internacionales. Con posterioridad la discusión giró en torno a la conveniencia de una convención "regional" siguiendo los parámetros de la Convención de Roma de 1980 o la participación activa y unitaria de los países latinoamericanos en la elaboración de un instrumento de unificación de carácter universal adoptado por un organismo internacional o en otras iniciativas como las puestas en práctica por el Unidroit. Pese a esta falta de consenso el Comité Jurídico Interamericano se decidió por una solución regional y por limitar el enfoque a la cuestión de la ley aplicable, encomendando al prestigioso jurista mexicano, José Luis Siqueiros la elaboración de un anteproyecto de convención interamericana sobre la ley aplicable a la contratación internacional que sería aprobado en 1991. Con posterioridad el Comité Jurídico Interamericano, a solicitud del Consejo Permanente, redactó en 1993, un proyecto de Normas para la Regulación de Negocios Jurídicos Internacionales al que siguió una reunión de expertos, celebrada en la ciudad de Tucson, Arizona, Estados Unidos, en 1993. Aquí la presencia del profesor de la Universidad de California-Davis F. Juenger fue decisiva y dicha presencia justifica el alejamiento de la Convención de México respecto de la Convención de Roma cuyas soluciones, a juicio del referido profesor, resultaban altamente deficientes. En su opinión, los autores europeos, cayendo víctimas de la moda conflictual contemporánea, se habían basado en un principio vago (aplicación del Derecho del Estado con el cual el contrato tiene "los vínculos más estrechos"), lo cual era totalmente insatisfactorio. Por tanto la balanza se inclinó a favor de la conveniencia de trasladar al juez la tarea de localizar, a falta de elección de las partes, el ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el contrato, permitiéndole resolver, caso a caso, la cuestión de la ley aplicable. El resultado fue un nuevo proyecto de Convención sobre el Derecho aplicable en materia de contratación internacional que fue sometido, como principal documento de trabajo, a las deliberaciones de la CIDIP V y que dio como

<sup>&</sup>lt;sup>428</sup>Vid. H.S. Burman, "International Conflict of Laws, The 1994 Inter–American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s", Vanderb. J. Transn. L., 28 (1995), p. 367; A. Gebele, Die Konvention von México. Eine Perspektive für die Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens, Birkenau, 2002; R. Herbert, "La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", Rev. Urug. Der. Int. Priv., nº 1, 1994, p. 1; F.K. Juenger, "The Inter–American Convention on the Law Applicable to International Contracts.Some Highlights and Comparison", Am. J. Comp. L., vol. 42, 1994, pp. 381 et seq.; L. Pereznieto Castro, "Introducción a la Convención interamericana a sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", Riv. dir. int. pr. proc., vol. 30, 1994, pp. 765 et seq.; id., El negocio jurídico en el Derecho internacional privado en Mxico", AEDIPr, t. VI, 2006, pp. 39-85.

resultado la Convención de México de 1994. No obstante éxito de la Convención reside en su aceptación por los Estados que han participado en su elaboración. Indudablemente la Convención ha tenido más éxito en los foros académicos. Baste señalar que únicamente la han firmado cinco Estados (Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela) y que solo dos la han ratificado (México y Venezuela). De esta suerte el texto está en vigor en dos países (solo se requieren dos ratificaciones).

315. El precepto que se comenta reproduce los arts. 7 y 8 de la Convención de México. La elección por las partes de la ley aplicable es un instrumento que proporciona certeza y previsibilidad y permite dar cabida a los intereses de las partes, por ejemplo, al hacer posible que seleccionen un sistema normativo que consideren especialmente apto por su contenido, por su carácter neutral o por ser útil para unificar el régimen de contratos diversos. El principio de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley del contrato –autonomía conflictual – se encuentra recogido en el apartado 1 del art. 45 de la Ley Modelo. Esta norma, en línea también con el contenido del Reglamento Roma I establece un régimen de condiciones al ejercicio de la autonomía conflictual muy liberal. Así, permite que la elección se lleve a cabo tanto de forma expresa como tácita. Indicios significativos en relación con la posible elección tácita pueden ser -si bien habrán de ser valorados a la luz del conjunto de las circunstancias – el que en el contenido del contrato se incluyan reiteradas referencias a disposiciones concretas de un único ordenamiento jurídico, así como el que -surgida la controversia - la demanda y la contestación aparezcan exclusivamente fundadas en el Derecho de un determinado país, pues la elección de la ley del contrato por las partes puede tener lugar en cualquier momento. Por sí sola, la mera designación en el contrato de los tribunales de un país como competentes para conocer de las controversias derivadas del contrato no implica una elección tácita de la ley de ese país, si bien sí es uno de los factores que deben tenerse en cuenta al determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato. Además, el art. 45 no exige que el ordenamiento elegido se halle conectado con el negocio.

**316.** Con respecto al momento de la elección de la ley aplicable, el art. 45 contempla la posibilidad de que las partes seleccionen el Derecho aplicable en un momento posterior —o anterior — a la celebración del contrato, así como de que modifiquen el ordenamiento designado. En todo caso, la modificación de la ley aplicable no puede afectar a los derechos de terceros.

Además, el art. 45 admite la elección parcial de la ley aplicable, pues la ley que se selecciona puede serlo para regir "la totalidad o solamente una parte del contrato". Para que la elección parcial sea posible, debe ir referida a una parte separable del resto del contrato.

Art. 46. Determinación de la ley aplicable a falta de elección. 1. Si las partes no hubieran elegido una ley aplicable, o si su elección resultara ineficaz, la ley aplicable al contrato se determinará por las siguientes disposiciones:

- i) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;
- ii) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;
- iii) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
- iv) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;
- v) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;
- vi) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;
- vii) el contrato que tenga por objeto principal la explotación de derechos de propiedad industrial o intelectual se regirá por la ley del país de explotación de los derechos en el caso de que estos sean relativos a un único país; cuando sean relativos a más de un país, se aplicará la ley de la residencia habitual del titular del derecho
- 2. Cuando el contrato sea distinto de los previstos en el apartado precedente, la ley aplicable será la del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.
- 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.
- 4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.
- **317.** Esta disposición se ocupa del régimen general de determinación de la ley aplicable a los contratos en defecto de elección por las partes<sup>429</sup>. Sólo quedan al margen ciertas categorías de contratos para los que se prevé un régimen especial, como es el caso de los contratos de consumo y los contratos individuales del trabajo. El contenido de sus reglas responde en gran medida al modelo del art. 4 Reglamento Roma I, a su vez directamente condicionado por su equivalente en el Convenio de Roma de 1968, si bien en la redacción del Reglamento se introdujeron en esta materia importantes cambios para tratar de superar las principales dificultades observadas en la aplicación del artículo del Convenio y eliminar dudas acerca del funcionamiento de las reglas<sup>430</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>429</sup> P. de Miguel Asensio, "La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el art. 4 del Convenio de Roma de 1980", *Revista Jurídica Española La Ley*, XVI, 1995, pp. 1–7.

<sup>&</sup>lt;sup>430</sup> CONC.: Art. 117 Ley DIPr suiza; art. 65 Proyecto boliviano; art. 45 Proyecto uruguayo; art. 53 Proyecto colombiano.

El principio básico de determinación de la ley aplicable es el llamado principio de proximidad, que se basa en la aplicación de la ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Se trata de un principio caracterizado por su flexibilidad, pues requiere normalmente que el aplicador disponga de un significativo margen de apreciación para determinar cuál es ese país a la luz de las circunstancias del caso concreto. Esa flexibilidad puede, sin embargo, obstaculizar la realización del objetivo general de proporcionar seguridad jurídica. El concepto de vínculos más estrechos no puede entenderse referido a índices de proximidad estrictamente geográficos: "residencia de las partes", "lugar de celebración del contrato", "lugar de ejecución del contrato", "lugar de situación de los bienes o derechos objeto del contrato", "mercado afectado por el contrato". Cada uno de estos criterios de conexión no tiene valor en sí mismo ni alcance general; su peso depende del grado de vinculación jurídica y económica que presente respecto de un contrato en particular, por lo que su influencia es variable según el tipo de contrato y su naturaleza. Lo fundamental no es la circunstancia geográfica, sino la medida en que tal vinculación responde a las exigencias de eficiencia económica, seguridad del tráfico y previsibilidad de las partes a tenor de la finalidad económica y jurídica de un contrato determinado. A título de ejemplo, la celebración de un contrato es un elemento a tener en cuenta en los contratos en que participa un consumidor<sup>431</sup>.

318. El equivalente del art. 4 del Reglamento Roma I en la Convención interamericana de México es su art. 9 de la Convención interamericana Pese a adoptar el mismo criterio de partida, la Convención interamericana se basa en un enfoque mucho más flexible que el modelo europeo en lo que se refiere a la determinación del país con el que contrato presenta los vínculos más estrechos –y muy alejado del enfoque prevalente en los países de Iberoamérica. La Convención de México optó por no establecer reglas de concreción del principio de proximidad, limitándose a prever que: "El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales".

Esta formulación de la Convención interamericana se presta a un juicio crítico en la medida en que no facilita la determinación por los jueces de la ley aplicable (por ejemplo, los Principios de UNIDROIT no incorporan ninguna regla sobre determinación de la ley del contrato). La inclusión de ese precepto es producto de la acogida de un planteamiento opuesto a la utilización de la técnica conflictual para determinar el régimen jurídico de los contratos internacionales. Mientras que el apartado 1 de ese artículo prevé el empleo de la técnica conflictual, al establecer la aplicación del Derecho del Estado con el que el contrato presente los vínculos más estrechos; el apartado 2, en lugar de aportar criterios que guíen a los tribunales en la determinación de la ley del contrato, prevé la toma en consideración de los usos del comercio internacional en una fase (la relativa a la precisión del ordenamiento estatal aplicable) en el que prácticamente nada pueden aportar. Una cosa es que la ley (estatal) del contrato tenga una trascendencia práctica limitada incluso ante los tri-

<sup>&</sup>lt;sup>431</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas–Tomson–Reuters, 2013, pp. 561 *et seq*.

bunales estatales y que en el régimen jurídico material de los contratos internacionales las reglas extra-estatales tengan una creciente importancia, y otra, muy distinta, es que ese tipo de reglas aporten soluciones cuando de lo que se trata es de determinar la ley (estatal) del contrato a falta de elección por las partes.

Frente al modelo de la Convención interamericana, el art. 4 del Reglamento Roma I, como demuestran en particular las novedades introducidas en sus apartados 1 y 3, ha optado por reforzar la búsqueda de la seguridad jurídica en la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos, con el objetivo de favorecer la aplicación uniforme de sus normas en todos los Estados miembros y dotar de mayor previsibilidad al régimen jurídico de los contratos internacionales.

319. El art. 46 de la Ley Modelo establece en su apartado 1 una relación de tipos contractuales para los que concreta cuál es la ley aplicable en atención al lugar de la residencia habitual de uno de los contratantes o al lugar en el que se localiza el elemento que se considera determinante del centro de gravedad del contrato. Esta opción pretende aportar una mayor previsibilidad en comparación con el sistema del Convenio de Roma, cuyo apartado 1 se limitaba a establecer el criterio general de que la ley aplicable es la del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos.

Cuando el contrato cuya ley hay que determinar se halla comprendido en alguna de las categorías contempladas en el apartado 1 del art. 46, el país cuya ley es aplicable resulta en principio determinado con precisión por las reglas contenidas en ese apartado. Por ejemplo, si se trata de un contrato de compraventa de mercaderías, la ley aplicable es la del país donde el vendedor tenga su residencia habitual. Para satisfacer su función de proporcionar seguridad jurídica, el art. 46 incorpora una relación amplia de categorías de contratos, que incluye algunas no recogidas en el Reglamento Roma I, con el objetivo de proporcionar un régimen más elaborado y preciso. Así ocurre en particular con respecto a la inclusión de una disposición específica relativa a los contratos que tengan por objeto principal la explotación de derechos de propiedad industrial o intelectual

320. Sólo para aquellos contratos que no se hallan comprendidos en las categorías del apartado 1 o para los que éstas no aportan una solución, por combinar elementos de más de una de esas categorías, resulta preciso concretar cuál es la prestación característica. Con respecto a esos contratos, el apartado 2 establece que la ley aplicable es la del país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. La técnica de la prestación característica contempla como supuestos paradigmáticos aquellos en los que la contraprestación de uno de los contratantes consiste exclusivamente en el pago de dinero; en tales casos, característica será la prestación por la que es debido el pago, esa es la prestación que diferencia al tipo contractual de que se trate frente a otros, es la que determina la esencia del contrato y la que es objeto de una más elaborada regulación. La prestación característica desempeña un papel menor que en el Convenio de Roma, pues sólo es preciso determinarla cuando el contrato no se halla comprendido en ninguna de las categorías de contratos mencionadas en el apartado 1.

Además, el apartado 3 incluye una cláusula de escape o de corrección, en virtud de la cual, la ley indicada en los apartados 1 o 2, es decir, la fijada para cada uno de los tipos contractuales recogidos o, en su defecto, la de la sede del prestador característico, no se aplica si del conjunto de las circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en dichos apartados. De acuerdo con esta norma, el principio de los vínculos más estrechos desempeña una función de corrección en la aplicación de las reglas de los apartados 1 y 2. Para reforzar la seguridad jurídica en la determinación de la ley aplicable, la cláusula de escape, en línea con el art. 4 del Reglamento Roma I, está redactada de manera que aclara que debe operar sólo con carácter excepcional, como resulta de la exigencia de que esa mayor vinculación debe ser manifiesta y debe desprenderse claramente del contrato.

**321.** Por último, el apartado 4 establece una solución de cierre, ideada sólo para aquellos casos en los que el contrato no puede clasificarse como uno de los tipos especificados en el apartado 1 y además no pueda determinarse el país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica. Ciertamente, en ocasiones la determinación de la prestación característica puede resultar imposible. Las situaciones paradigmáticas son aquellas –como la permuta – en las que los contratantes intercambian prestaciones de idéntica naturaleza, sin que una de ellas se configure en la estructura negocial como remuneratoria.

Para situaciones como esas, el apartado 4 dispone que la ley aplicable debe concretarse en atención al criterio de proximidad, estableciendo que la ley aplicable es la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos, sin establecer en principio precisiones adicionales, lo que abocará necesariamente a un examen individualizado de las circunstancias del caso concreto. La naturaleza, contenido y configuración del contrato deben ser el punto de partida en la búsqueda del país más vinculado. El Preámbulo del Reglamento Roma I aporta la precisión de que para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos<sup>432</sup>.

Art. 47. Contratos de trabajo.1. La ley aplicable al contrato individual de trabajo será la elegida por las partes de conformidad con el art. 45, que sólo se aplicará en la medida en que no aminore los estándares de protección del trabajos previstos en la ley aplicable establecida de conformidad con el apartado siguiente.

<sup>&</sup>lt;sup>432</sup>"A falta de elección, cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base de que el contrato pueda catalogarse como uno de los tipos especificados o como la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, el contrato debe regirse por la ley del país con el cual presente unos vínculos más estrechos. Para determinar ese país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos".

- 2. Los contratos de trabajo se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la prestación laboral, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.
- 3. Cuando no pueda determinarse el lugar donde habitualmente se realiza la prestación laboral, la ley aplicable será la del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato.

**322.** La inclusión de reglas de ley aplicable específicas para los contratos individuales de trabajo responde al objetivo de proteger al trabajador como parte débil de estas relaciones contractuales. El precepto tiene una finalidad tuitiva claramente, al introducir límites materiales muy notables a la posibilidad de elegir el Derecho aplicable<sup>433</sup>. Esta no está descartada, pero sólo resulta lícita en la medida en que la ley elegida, imponible por el empleador como parte fuerte, sólo resulta de aplicación si favorece al trabajador. La fórmula utilizada para conseguir la aplicación de la ley elegida, como ley más favorable al trabajador, consiste en prever la aplicación de las normas imperativas de protección de la ley que resultaría aplicable en defecto de elección (párrafo 1°). En este caso, el concepto de normas imperativas de protección del trabajador incluye las normas simplemente imperativas, no derogables por contrato, por lo que la elección de una Ley distinta sólo puede conducir a un régimen legal más favorable para el trabajador y nunca menos. En tal sentido, conviene recordar que el contenido de los convenios colectivos forma parte indisociable de la ley aplicable al contrato individual de trabajo.

A escala comparada el modelo más elaborado e influyente en esta materia es el contenido ahora en el ámbito de la Unión Europea en el art. 8 del Reglamento Roma I, que se corresponde con el art. 6 del Convenio de Roma de 1980.

A partir de este modelo, el art. 48 desplaza para los contratos individuales de trabajo el régimen general de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales establecido en los **arts. 45 y 46**. El precepto tiene como finalidad última la protección del trabajador, al introducir importantes límites materiales a la posibilidad de elegir el Derecho aplicable. Si bien ésta posibilidad no se descartada, resulta únicamente lícita en la medida en que la ley elegida, imponible por el empleador como parte fuerte, sólo resulta de aplicación si favorece al trabajador. La fórmula utilizada para conseguir la aplicación de la ley elegida, como ley más favorable al trabajador, consiste en prever la aplicación de las normas imperativas que resultarían aplicables en defecto de elección (**art. 69**), por lo que la elección de una Ley distinta sólo puede conducir a un régimen legal más favorable para el trabajador y nunca menos. En tal sentido, conviene recordar que el contenido de los convenios colectivos forma parte indisociable de la ley aplicable al contrato individual de trabajo.

La ley designada en defecto de elección cumple una doble función. Propiamente, designa la ley aplicable al contrato de trabajo cuando no media elección de la ley

<sup>&</sup>lt;sup>433</sup> CONC.: Art. 91 Código DIPr panameño; art. 121 Ley DIPr suiza; art. 44 Ley DIPr austriaca; art. 3118 (Cc Quebec); art. 43 Proyecto dominicano; art. 72 Proyecto boliviano; art. 50.6° Proyecto uruguayo; art. 55 Proyecto colombiano.

aplicable. Indirectamente, determina el marco de protección mínimo del trabajador que no puede ser derogado por las normas establecidas en la Ley elegida.

**323.** La determinación de la ley aplicable exige distinguir dos supuestos. En primer término, si el trabajador realiza habitualmente su trabajo en un país, aun cuando temporalmente haya realizado servicios en otro distinto, será de aplicación la ley del lugar de prestación laboral realizada. Dicho lugar, por tanto, se interpreta, como lugar de prestación principal del trabajador, con lo que se consigue una notable identidad entre competencia judicial y Derecho aplicable. En segundo lugar, si el lugar de prestación habitual, entendida como "destino" de la prestación laboral, no puede determinarse, la conexión puede precisarse teniendo en cuenta el "origen" de la prestación, esto es, el lugar a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente, como ocurre con los tripulaciones y otros trabajadores de las líneas aéreas<sup>434</sup>.

**224.** Si bien el art. 47 admite la posibilidad de elección de la ley aplicable en los contratos individuales de trabajo, lo hace imponiendo restricciones significativas a tal posibilidad. En particular, la ley elegida por las partes únicamente resultará de aplicación en la medida en que no aminore los estándares de protección del trabajador establecidos en la ley aplicable a falta de elección.

Se trata de un criterio que para satisfacer el objetivo material de asegurar una adecuada protección a los trabajadores impone la exigencia de valorar el contenido de los dos ordenamientos considerados, de modo que la ley elegida por las partes sólo resulta aplicable si es más favorable para el trabajador. Por consiguiente, las reglas sobre determinación de la ley aplicable a falta de elección son determinantes en relación con estos contratos del ordenamiento que establece el estándar mínimo de protección del que se beneficia el trabajador.

325. Las reglas sobre determinación de la ley aplicable a falta de elección parten de la diferenciación entre dos tipos de situaciones. Para los supuestos en los que cabe identificar un país en el que se realiza habitualmente la prestación laboral, es ese elemento el que se utiliza para localizar la relación a los efectos de determinar la ley aplicable, con base en que ese debe ser el criterio principal en aplicación del principio de proximidad. Conforme al apartado 3, cuando no pueda determinarse el lugar donde habitualmente se realiza la prestación laboral, la ley aplicable será la del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato.

El lugar de realización del trabajo tiene un carácter preeminente como criterio de conexión en este precepto, por lo que debe ser interpretado de manera amplia a la luz del conjunto de las circunstancias, lo que facilita la determinación de un lugar de realización del trabajo incluso cuando este se realiza habitualmente en más de un lugar. Se incorpora además una cláusula de escape que conduce a la aplicación de otro ordenamiento si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. Pese al objetivo de protección del

<sup>&</sup>lt;sup>434</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas–Tomson–Reuters, 2013, pp. 578 et seq.

trabajador inherente a la regla especial en materia de contratos individuales de trabajo, el funcionamiento de la cláusula de escape es independiente de consideraciones materiales. Ciertamente, esa cláusula se funda en razones de proximidad, por lo que en su aplicación no resulta determinante el que conduzca a la aplicación de la ley más favorable para el trabajador.

**326.** En lo relativo a la interacción entre el punto de conexión prioritario del lugar habitual del trabajo y la cláusula de escape, que prevé la aplicación de la ley de un país distinto cuando del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con ese otro país, cabe destacar que a diferencia de la cláusula de escape incluida en la norma general sobre ley aplicable a los contratos, la introducida en este precepto en materia de contratos individuales de trabajo no incorpora en su texto la palabra "manifiestamente".

Como se ha puesto de relieve en la interpretación del Reglamento Roma I, esa diferencia se vincula con la circunstancia de que las normas sobre contrato de trabajo se inspiran simultáneamente en la idea de proximidad y en la de protección del trabajador, de modo que no es una regla de conflicto totalmente neutra que persigue fundamentalmente un objetivo de previsibilidad y de seguridad jurídica. Entre los elementos significativos de vinculación que pueden ser relevantes para apreciar cuál es el país con el que el contrato de trabajo presenta los vínculos más estrechos, y para precisar si debe operar la cláusula de escape, cabe reseñar el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga los impuestos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social.

- Art. 48. Contratos celebrados por consumidores. 1. Los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional o empresario que por cualquier medio dirija su actividad comercial al país de la residencia habitual del consumidor y se hallen comprendidos en el marco de tal actividad, quedan sometidos a las disposiciones siguientes.
- 2. La elección por las partes de la ley aplicable a tales contratos no podrá aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la ley de la residencia habitual del consumidor.
- 3. La ley aplicable al contrato en ausencia de elección conforme al art. 41, será la del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual.
- 4. Las reglas contenidas en los anteriores apartados serán aplicables a los contratos de seguros.
- **327.** Para los contratos de consumo que reúnen las condiciones que determinan la aplicación del régimen especial, el art. 48 contempla un régimen inspirado en el modelo del art. 6 del Reglamento Roma I. Así, a diferencia del régimen aplicable a los contratos en general, conforme al apartado 3 la ley aplicable a falta de elección

será la del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual<sup>435</sup>. Además, si bien se admite que las partes puedan elegir la ley aplicable, tal elección no puede menoscabar la protección que las normas imperativas del país de la residencia habitual del consumidor proporcionen a éste.

La solución propuesta responde a un modelo basado en el respeto al estándar de protección de la normativa de protección de los consumidores del país del domicilio del consumidor en los contratos internacionales en los que el consumidor es captado en su mercado doméstico. Entre los fundamentos de la expansión de este criterio se encuentran algunos económicos, pues junto a la idea tradicional de que como un consumidor sólo interviene en transacciones internacionales de manera ocasional, mientras que los profesionales lo hacen habitualmente, lo racional es que éstos deban asumir el coste de averiguar el contenido de la legislación extranjera, se ha puesto también de relieve que, frente a la idea tradicionalmente defendida por la industria, las soluciones de Derecho internacional privado basadas en la aplicación de la ley del domicilio del consumidor (combinada o no con la posibilidad de elegir como ley aplicable la de otro país en la medida en que no menoscabe los derechos que atribuye al consumidor la ley de su domicilio) son las que en mayor medida contribuyen al desarrollo del comercio electrónico transfronterizo.

**328.** El régimen de protección establecido en esta norma sólo opera cuando el empresario o profesional ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. Este inciso está específicamente destinado a dar respuesta a las exigencias del comercio por Internet, pero la interpretación de esta norma, como demuestra la práctica relativa a sus precedentes europeos, puede resultar compleja.

Del texto de la norma deriva que el régimen de protección es aplicable a los contratos de consumo celebrados a través de sitios web activos que dirigen sus actividades al Estado del domicilio del consumidor en la medida en que a través de tales sitios se haya concluido un contrato con tal consumidor. Por otra parte, parece claro que el mero hecho de que las páginas web del comerciante sean accesibles desde el Estado del domicilio del consumidor no resulta a la luz del texto de esta norma suficiente para que opere el fuero de protección del consumidor.

**329.** En el marco del art. 48, incluso en los contratos internacionales de consumo a los que se aplica su régimen de protección, las partes son en principio libres de elegir la ley del contrato, si bien la ley elegida sólo se aplica en la medida en que su contenido no prive al consumidor de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual. Por lo tanto, la posibilidad de que las partes elijan cualquier ley como ley del contrato, debe afirmarse.

<sup>&</sup>lt;sup>435</sup> CONC.: Art. 95 Código DIPr panameño; art. 114 Ley DIPr suiza; art. 3117 (Cc Quebec); art. 41 Ley DIPr austriaca; art. 44 Proyecto dominicano; art. 71 Proyecto boliviano; art. 50.5° Proyecto uruguayo; art. 56 Proyecto colombiano; art. 6 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Una total exclusión de la autonomía conflictual con respecto a estos contratos podría resultar contraproducente, pues acarrearía la necesidad de que los profesionales prestaran una renovada atención al clausulado de sus contratos, pues no serviría ya como elemento homogeneizador de los mismos la inclusión —tan frecuente en la práctica— de una cláusula sobre ley aplicable, pues ésta ya no sería eficaz ni siquiera con respecto a los aspectos que quedan al margen de las normas imperativas de protección de los consumidores. Además, la exclusión de la posibilidad de elegir la ley aplicable en la práctica podría repercutir negativamente sobre la posición del consumidor, pues la ley elegida en el marco de la solución aquí adoptada sólo se aplica en la medida en que proporcione un régimen más favorable para el consumidor.

Art. 49. *Ámbito de la ley aplicable*. La ley aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior comprende principalmente:

- i) su interpretación;
- ii) los derechos y las obligaciones de las partes;
- iii) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- iv) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
  - v) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato;
- vi) la adquisición y pérdida *inter partes* de un derecho real en los términos del art. 58.2°.

**330.** Esta norma determina el conjunto de materias regidas por la ley aplicable al contrato y se halla inspirada en el art. 12 del Reglamento Roma I. Una norma similar se encuentra también en el art. 14 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994, en el marco de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP –V), que básicamente reproduce lo dispuesto en la norma sobre el ámbito de aplicación de la ley del contrato en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, antecedente del Reglamento Roma I<sup>436</sup>.

Como punto de partida cabe señalar que son tres las funciones que desempeña la ley aplicable al contrato en virtud de las reglas de conflicto. En concreto, esas funciones son: conferir fuerza vinculante al acuerdo y fijar las condiciones de su existencia; establecer el marco imperativo del contrato, dentro del que opera la auto-

\_

<sup>&</sup>lt;sup>436</sup> CONC.: Art. 96 Proyecto mexicano.

nomía de los contratantes; y suministrar los criterios de interpretación y el régimen supletorio del contrato en lo no previsto por las partes.

- **331.** La ley del contrato tiene vocación general, de modo que la enumeración de materias contenidas en esta disposición no tiene carácter exhaustivo sino meramente indicativo. La *lex contractus* rige
- i) La formación del contrato, su existencia y su validez sustancial, tanto referida a vicios del consentimiento (error, dolo, intimidación, simulación, etc.) como a otros criterios de validezsustancial (ilicitud del objeto, ilicitud o inexistencia de causa, etc.) ysu nulidad.
- ii) El contenido del contrato, las obligaciones que corresponden a cada parte, la concreción de los supuestos de incumplimiento así como la determinación de sus consecuencias, como su eventual resolución, el régimen de los elementos accidentales, los efectos del contrato. El precepto aclara también que se hallan regidos por la ley del contrato la ejecución de las obligaciones que el mismo establece, incluyendo la fijación de los daños y perjuicios por lo que hace referencia a la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria. La ley del contrato es la que determina si deben entenderse cumplidas las obligaciones de las partes.
- iii) Los criterios de interpretación del contrato además del régimen supletorio en relación con los aspectos no previstos en el contrato.
- iii)La validez de los pactos suscritos por los contratantes (autonomía material), la rescindibilidad de los contratos y las cláusulas o condiciones que se considerarán nulas o se tendrán por no puestas..
- iv) La modificación y extinción del contrato, y los supuestos de novación. La norma aclara expresamente que abarca incluso la prescripción y caducidad de las acciones Con respecto a la forma e incapacidad, debe estarse a las normas específicas que se incorporan para esos dos sectores en los artículos siguientes.
- **332.** El precepto no se extiende a otras cuestiones que pudieran quedar vinculadas como a la adquisición,transmisión o extinción de derechos reales, siquiera entre las partes contratantes. Por consiguiente, cuestiones del tenor de la transmisión de la propiedad en un contrato de compraventa se determinan conforme a la ley rectora de los derechos reales, establecida en nuestro sistema a partir de las reglas previstas en el **art. 58.2º** de la Ley.

Art. 50. *Incapacidad*. En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en Caribe, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley caribeña solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de

otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

- **333.** La capacidad para contratar es en las situaciones internacionales objeto de un tratamiento diferenciado con respecto al resto del contrato, pues debe estarse a lo dispuesto en la normativa de Derecho internacional privado sobre capacidad, lo que responde a la tradicional consideración de esta cuestión como una circunstancia personal. Así, por ejemplo, en el panorama comparado cabe reseñar cómo el ap. 2.a) del art. 1 Reglamento Roma I prevé expresamente que sus reglas sobre la ley aplicable a los contratos no son aplicables en relación con la capacidad de las personas físicas para contratar.
- **334.** Ahora bien, para proteger la seguridad del tráfico, la buena fe y, en concreto, las expectativas razonables de quienes contratan en su propio mercado con extranjeros –o con personas residentes en el extranjero que allí acuden, se ha desarrollado una regla específica que corrige en determinadas circunstancias el criterio general. Esa regla específica se inspira en la contenida ahora en el art. 13 Reglamento Roma I, semejante a la establecida previamente en el art. 11 Convenio de Roma.

Este precepto está ideado para proteger a quien de buena fe ha creído razonablemente que celebraba un contrato con una persona física capaz cuando después se pretende invocar la falta de capacidad de esa persona física para cuestionar la eficacia del contrato con base en un supuesto de falta de capacidad desconocido en la legislación del país en el que el contrato se ha celebrado. Esa norma permite, cuando concurren ciertas circunstancias, que uno de los contratantes pueda prevalerse de la apariencia de capacidad del otro si éste es capaz según la ley del lugar de celebración.

Para que opere este mecanismo de protección, se exige que concurran básicamente dos presupuestos. En primer lugar, es necesario que el contrato haya sido celebrado entre personas que se encontraban en el mismo país. Como segundo presupuesto, para que resulte de aplicación la regla especial, se requiere que exista disparidad de criterios en materia de capacidad entre la ley del país en el que se encuentren los contratantes al contratar y la ley aplicable a la capacidad según el DIPr del foro

- Art. 51. Forma. 1. Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige dicho contrato según los artículos precedentes o con los fijados en el Derecho del Estado en que se celebre.
- 2. Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los

requisitos establecidos en el Derecho que rige el contrato o con los previstos en el lugar donde se realiza la oferta o la aceptación.

- 335. En la medida en que las exigencias de forma como presupuesto de validez de ciertos contratos pueden variar según los ordenamientos jurídicos, los sistemas de DIPr han desarrollado reglas específicas sobre ley aplicable a la validez formal de los contratos que tratan de favorecer la eficacia de los negocios. Estas reglas buscan ese objetivo básicamente admitiendo la posibilidad de que los contratos internacionales sean válidos en cuanto a la forma siempre que cumplan con las exigencias sobre el particular de la ley del contrato o de algún otro ordenamiento, típicamente del lugar donde las partes emiten sus declaraciones de voluntad negociales, lo que facilita el control del cumplimiento de tales exigencias.
- 336. Conforme a su primer apartado, cuando los contratantes se encuentran en un mismo país, el contrato será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos de la ley que lo rige en cuanto al fondo o de la ley del país en el que el contrato se ha celebrado. La ley aplicable en cuanto al fondo o ley del contrato debe ser entendida como la ley que regiría el contrato si este fuera válido formalmente. De acuerdo con el objetivo de favorecer la validez formal de los contratos, en el caso de los celebrados entre personas que se encuentren en países diferentes (a estos efectos, si el contrato se celebra por medio de un representante el dato relevante es dónde se encuentra éste al contratar), el apartado segundo considera suficiente para que sea válido en cuanto a la forma que el contrato cumpla los requisitos de la ley de cualquiera de esos países, o de la ley del contrato, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia en ese momento.

## Sección Sexta Obligaciones extracontractuales

- Art. 52. Norma general. 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la ley elegida por el responsable y la víctima. La elección de la ley aplicable deberá ser expresa o resultar de manera evidente de las circunstancias del caso.
- 2. En su defecto, se aplicará la ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión; no obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de ese país.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados precedentes, se aplicará la ley de este otro país.

337. La cuestión de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ha sido objeto de una gran discusión y de enfrentamiento entre los modelos romano germánicos y del *common law*<sup>437</sup>, por lo que es menester justificar la opción que se adopta en la presente norma: dejando de lado las tesis favorables a aplicar la *lex fori* a la responsabilidad civil extracontractual en general<sup>438439</sup>, y centrándonos en el problema de la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito, se ha defendido que, en este concreto tipo de ilícitos, existiría una importante conexión entre los aspectos penales y los civiles, por lo que debiera aplicarse una misma ley, la del foro, tanto a unos como a otros; semejante planteamiento descansa en una concepción del ilícito civil paralela a la del ilícito penal, donde el elemento culpabilista o de reproche moral al autor del daño sería determinante<sup>440</sup>. En consecuencia no puede predicarse con carácter general un total paralelismo entre la aplicación espacial de las normas penales y las civiles, aun cuando éstas sean aplicadas por una misma jurisdicción<sup>441</sup>: el vínculo que une la acción civil a la penal es exclusivamente procesal, pero de ningún modo implica una alteración de la naturaleza de

<sup>&</sup>lt;sup>437</sup> En el marco caribeño un caso importante en el que se manifestó la nueva tendencia jurisprudencial postoriqueñña fue Viuda de Fornaris v. American Surety Company, 93 D.P.R. 29 (1966), un supuesto similar al caso de Babcock v. Jackson, 19 N.E.2d 279 (1963), resuelto por un tribunal de Nueva York, el cual marcó el comienzo de la "revolución" en materia de conflicto de leyes en los Estados Unidos. El caso Viuda de Fornaris trataba de cuatro ciudadanos puertorriqueños que murieron en un viaje de regreso de Saint Thomas cuando el avión privado en el que viajaban, pilotado por su dueño, se estrelló en aguas de Saint Thomas. El avión estaba matriculado en Puerto Rico y era aquí en donde permanecía estacionado regularmente. En la correspondiente acción por muerte ilegal, los demandados invocaron el tope de diez mil dólares que establece la ley de Saint Thomas a la compensación de daños por muerte ilegal. Luego de señalar que ni el Código Civil de Puerto Rico ni su predecesor, el Código Civil español, proveen una norma de Derecho internacional privado en materia de daños y perjuicios, el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconoció que la jurisprudencia española había adoptado la regla lex loci delicti para resolver tales conflictos. Sin embargo, el tribunal explicó, fundamentándose en tratadistas españoles, que la adopción de esta regla en España se basaba en la presunción, rebatida en este caso, de que el locus delicti era el "punto de enlace de mayor relieve" y que el estado en el cual ocurrió el delicti tiene "el mayor interés en que no se cometa el actotorticero o en que si se comete se haga la reparación debida". Viuda de Fornaris, ante, pág. 31. Dados los múltiples y dominantes contactos de Puerto Rico con el caso, esta presunción quedó rebatida y se resolvió que la ley aplicable era la de Puerto Rico.

<sup>&</sup>lt;sup>438</sup> CONC.: Arts. 132 y 133 Ley DIPr suiza; art. 99 Código DIPr belga; art. 62 Ley DIPr italiana; art. 33 Ley DIPr polaca; art. 49 Proyecto dominicano; arts. 99 *et seq.* Proyecto mexicano; art. 73 Proyecto boliviano; art. 52 Proyecto uruguayo: art. 62 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>439</sup> H. Mazeaud sostuvo en su día que las normas francesas sobre responsabilidad delictual y cuasidelictual eran *lois de police* en el sentido del art. 3.1° Cc francés y que, en consecuencia, resultaban de necesaria aplicación siempre que los tribunales franceses resultaran competentes ("Conflits des lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasidélictuelle", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1934, pp. 382–385).

<sup>&</sup>lt;sup>440</sup>Cf. O. Kahn–Freund, "Delictual Liability and the Conflict of Laws", *Recueil des Cours*, 1968–II, pp. 20–22.

<sup>&</sup>lt;sup>441</sup> G. Beitzke, "Les obligations délictuelles en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 115, 1965–II, pp. 73–75).

la acción civil y, por tanto, no estaría justificada la aplicación de una ley distinta dependiendo de si la pretensión civil se ejercita de manera independiente o unida a una acción penal.

Existen diversos convenios aplicables a ilícitos determinados: unos son de derecho material uniforme y otros contienen normas de conflicto bilaterales siendo paradigmáticos los Convenciones de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, y de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos. Dichos instrumentos no ha tenido aceptación alguna en el área OHADAC por lo que el establecimiento de una norma *ad hoc* es pertinente.

338. En línea con las codificaciones más avanzadas, en materia de obligaciones extracontractuales, se atribuye a las partes la posibilidad de elegir la ley aplicable. La expansión de la autonomía conflictual en este sector se corresponde con la circunstancia de que en el plano material la responsabilidad extracontractual se halla típicamente comprendida en el ámbito de libre disposición de las partes. También desde la perspectiva jurisdiccional, las partes son libres de elegir el tribunal competente en esta materia. Habida cuenta del significado de la autonomía de la voluntad en el plano material y de la importancia de la autonomía conflictual como mecanismo para proporcionar previsibilidad y seguridad jurídica a las relaciones privadas internacionales resulta sin duda justificado configurar la libertad de elección como primer criterio para determinar la ley aplicable.

En principio, el precepto no establece límites acerca de los derechos elegibles, pues no impone que la elección deba ir referida a la *lex fori* o a un ordenamiento con el que la obligación extracontractual tenga algún tipo de conexión. Por lo tanto, las partes son libres de elegir la ley de cualquier país como aplicable. Con respecto al acuerdo de elección de la ley aplicable, la norma se limita a establecer que la elección debe ser expresa o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso.

339. Pese a configurarse como el primer criterio de conexión, es claro que en el sector de las obligaciones extracontractuales la trascendencia práctica de la autonomía conflictual es mucho menor que en el de las obligaciones contractuales, en el que la existencia típicamente de un acuerdo previo entre las partes que se encuentra en el origen de su relación facilita que los interesados puedan llegar a un pacto acerca de la ley aplicable a la misma al tiempo de su nacimiento.

La admisión de la autonomía conflictual tiene lugar en el ámbito de las obligaciones extracontractuales con ciertos límites adicionales, como los que resultan de la exclusión de ciertas materias de la autonomía conflictual, como es el caso de la ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos de competencia desleal y actos que restrinjan la competencia y de la infracción de derechos de propiedad intelectual. Se trata de sectores del ordenamiento en los que los criterios de conexión empleados, el principio de los efectos en el mercado y la regla *lex loci protectionis*, se configuran como imperativos habida cuenta de los objetivos que persiguen, las características del objeto regulado y los intereses públicos o colectivos implicados.

**340.** A falta de elección por las partes de la ley aplicable y siempre que se trate de una situación que no quede regida por alguna de las normas relativas a materias específicas, la ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de un hecho dañoso se determina según lo dispuesto en los apartados 2 y 3, inspirados sustancialmente en el art. 4 del Reglamento Roma II que contiene las reglas unificadas en esta materia en el seno de la UE. En concreto, el apartado 2 establece lo que puede denominarse la "norma general". Se trata de normas que responden a una orientación y estructura bien conocidas previamente, en el sentido de que se basa en la dualidad regla excepción. Consta de tres apartados: el primero establece como criterio básico la aplicación de la *lex loci damni*; el segundo introduce un tratamiento diferenciado para las situaciones en las que las partes tienen residencia habitual común; y el tercero contiene una cláusula de excepción basada en el criterio de los vínculos más estrechos que abre la posibilidad de aplicar una ley distinta de la designada en los apartados 1 y 2.

En defecto de residencia habitual común, pues el apartado 2 prevalece cuando el responsable y el perjudicado residen en el mismo país, la ley aplicable es la "del país donde se produce el daño, independientemente de dónde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión". La concreción del punto de conexión tiene como objetivo determinar con precisión la ley aplicable en los supuestos en los que existe disociación entre el lugar de origen o el lugar o lugares en los que se localiza la conducta o actividad causal y el lugar donde el daño se produce o manifiesta, así como en aquellos casos en los que junto al daño directo se producen otros daños indirectos o derivados.

**341.** Sobre la regla *lex loci damni* prevalece el criterio de la residencia habitual común, pues esta es el criterio de conexión aplicable cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tienen su residencia habitual en el mismo país en el momento de producirse el daño. En la práctica esta regla puede facilitar sobre todo la aplicación de ley del foro en situaciones acaecidas en el extranjero que implican a varios residentes en el foro.

Tanto la ley del lugar del daño como la de la residencia habitual común pueden ser desplazadas en beneficio de la aplicación de la ley de otro país cuando concurren las circunstancias para que opere la cláusula de corrección de su apartado 3, en concreto, que del conjunto de circunstancias se desprenda que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto. Se trata de una cláusula de escape que introduce flexibilidad con base en el principio de proximidad, si bien está redactada, en línea con el contenido del Reglamento Roma II, de manera que destaca el carácter excepcional de esta posibilidad, al exigir que los vínculos sean "manifiestamente" más estrechos, lo que implica que esa mayor conexión con otro ordenamiento ha de ser evidente. La redacción de la norma que pone de relieve el carácter excepcional de este mecanismo.

- Art. 53. Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. 1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será:
- i) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país;
- ii) en su defecto, la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país;
- iii) en su defecto, la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país;
- iv) en su defecto, la ley del país en que radica el establecimiento del responsable.
- 2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado precedente, se aplicará la ley de este otro país.
- **342.** Esta disposición incorpora un régimen específico sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos, en línea con la experiencia internacional que recomienda la especialización en este ámbito, como ilustran especialmente el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, de 2 de octubre de 1973, elaborado en el marco de la Conferencia de La Haya, así como el art. 5 del Reglamento Roma II<sup>442</sup>.
- **343.** El sistema adoptado se basa en el establecimiento de una serie de conexiones en cascada combinada con una cláusula de escape basada en el criterio de proximidad. Además debe destacarse que con carácter previo a las conexiones sucesivas previstas en esta norma, se aplica de manera preferente la elegida por las partes de acuerdo con el **art. 52.1º**.

A falta de elección de la ley aplicable por las partes, el art. 53 conduce en primer lugar a la aplicación de la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país. En caso de que no se dé esa circunstancia, será de aplicación la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país. En su defecto, será de aplicación la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país. Por último, en su defecto, se prevé la aplicación de la ley del país en que radica el establecimiento del responsable.

**344.** Para finalizar, el apartado 2 incluye una cláusula de corrección, en virtud de la cual, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta

<sup>&</sup>lt;sup>442</sup> Art. 3128 (Cc Quebec).

vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en las reglas del apartado 1, se aplicará la ley de este otro país.

- Art. 54. Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia. 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados.
- 2. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.
- 3. Los actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a los intereses de un competidor en particular se regirán por la norma general del art. 52.
- 4. Sólo será posible elegir la ley aplicable conforme al art. 52.1 en lo relativo a las consecuencias económicas que para las partes derivan de estas obligaciones extracontractuales.
- **345.** Esta norma se basa en la aplicación a los actos de competencia y, en particular, a la responsabilidad extracontractual derivada de los mismos, del llamado criterio de los efectos, lo que ha ido unido a la aparición de normas sobre ley aplicable específicas para las prácticas de competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia, diferenciada de la norma general sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que clarifica cuál es la ley aplicable a estos supuestos, como refleja de manera muy especial el art. 6 del Reglamento Roma II.

Se trata de una evolución que se corresponde con que la función de la normativa sobre competencia desleal y sobre prácticas restrictivas de la competencia es diferente de la que caracteriza al conjunto de la responsabilidad civil extracontractual, centrada en el resarcimiento individual de los daños sufridos. En materia de competencia desleal resulta clave la protección de los intereses colectivos de los participantes en el mercado (incluidos los consumidores) así como de los intereses generales en una ordenación unitaria del mercado y en su buen funcionamiento<sup>443</sup>.

**346.** Por ello, el mercado constituye un elemento determinante para concretar el país cuya legislación sobre competencia desleal y sobre prácticas restrictivas de la competencia es aplicable. La aplicación de la ley del mercado en el que los competidores actúan para atraer a los clientes se adecua a las expectativas de los posibles perjudicados, al tiempo que garantiza la igualdad de trato entre los agentes económicos de cada mercado. Entre los fundamentos del criterio de los efectos en el mercado se encuentran el principio de protección sin lagunas de los consumidores en el mercado nacional así como la garantía de la igualdad de las condiciones de

<sup>&</sup>lt;sup>443</sup> CONC.: Arts. 136 y 137 Ley DIPr suiza.

competencia en ese mercado, lo que se relaciona con que tradicionalmente se le haya atribuido carácter imperativo.

En virtud del art. 54de esta Ley Modelo, semejante a la solución alcanzada en el marco de la UE en el art. 6 Reglamento Roma II, la ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de un acto de competencia desleal es la del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados. En la misma línea, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.

**347.** La ley aplicable a la competencia desleal y a las prácticas restrictivas de la competencia regula los presupuestos y consecuencias de los ilícitos concurrenciales. La ley del mercado afectado determina con carácter general si existe un ilícito concurrencial y cuáles son sus consecuencias, lo que incluye: los supuestos de ilicitud; los presupuestos y extensión de la responsabilidad; la determinación de los responsables; las causas de exoneración, limitación y extinción de responsabilidad; la existencia y evaluación de daños indemnizables; así como las clases de acciones que pueden ejercitarse frente a los actos de competencia desleal y de publicidad ilícita y los presupuestos de su ejercicio.

Cuando la controversia trata de la infracción de reglas de competencia desleal destinadas principalmente a proteger la posición de los competidores (actos de denigración, imitación, explotación de la reputación ajena, e inducción a la infracción contractual), el mercado relevante tiende a ser aquel en el que entran en conflicto los intereses de los competidores, típicamente el mercado en el que se promocionan o comercializan los productos o servicios mediante las prácticas desleales. También cuando las prácticas desleales afectan básicamente al interés general en el correcto funcionamiento del mercado (como en los supuestos de discriminación o ventas a pérdida) debe concretarse éste en atención al mercado al que se dirigen las prácticas concurrenciales enjuiciadas.

348. El apartado 3 introduce un tratamiento específico con respecto a la ley aplicable a los actos de competencia desleal que afectan exclusivamente a los intereses de un competidor en particular, al entender que en esos casos lo esencial de la conducta es su impacto sobre las relaciones entre las partes implicadas y especialmente sobre la posición del perjudicado. Actos de competencia desleal no orientados al mercado por ir referidos a la esfera interna de un competidor son típicamente los actos de violación de secretos y de inducción a la infracción contractual, incluyendo los actos de desorganización de una empresa rival mediante la captación irregular de sus trabajadores. La regla especial prevé que en estos supuestos no se aplicará el criterio de los efectos sino la regla general sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. La ley aplicable será la ley del lugar del daño, si bien cuando responsable y víctima tienen su residencia en el mismo país la ley aplicable será la de la residencia habitual común, y además puede aplicarse la ley de otro país con el que la situación se encuentre manifiestamente más conectada.

Además, la propuesta, desviándose de la solución adoptada en el marco del Reglamento Roma II, afirma en su apartado 4 la posibilidad de que en estos casos opere la autonomía conflictual con respecto a las consecuencias patrimoniales entre las partes, a partir de lo dispuesto en el **art. 52.1º**.

Art. 55. Daño medioambiental. La responsabilidad por daños medioambientales se regirá, a elección de la víctima, por la ley del lugar de manifestación del daño o del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño.

- **349.** Esta disposición contiene una regla particular sobre la ley aplicable a la obligación extracontractual derivada de un daño medioambiental, inspirada en la regla sobre el particular del Reglamento Roma II, que constituye un modelo muy avanzado en esta materia. Por daño medioambiental en el Reglamento Roma II, según el considerando 24 de su preámbulo, se entiende el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural o un perjuicio a la biodiversidad.
- **350.** La regla específica está encaminada a favorecer a la víctima, proporcionándole la facultad de optar por el ordenamiento que le resulte más favorable en los supuestos típicos de contaminación transfronteriza en los que existe disociación entre el lugar de origen y el lugar de manifestación del daño.

Con ese propósito, la norma prevé que la ley aplicable será en principio la del lugar donde se produce el daño (conforme con el criterio general del **art. 52.2°**), pero se atribuye a la persona que reclama el resarcimiento de los daños la posibilidad de optar por fundar sus pretensiones en la ley del país en el que se produjo el hecho generador del daño. Este criterio determina que a quien está establecido en una país con un nivel de protección medioambiental bajo y contamina en países próximos con estándares más elevados de protección se le pueda exigir responsabilidad con base en éstos.

- Art. 56. Infracción de los derechos de propiedad intelectual. 1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de propiedad industrial, será la ley del país para el que se reclame la protección.
- 2. Sólo será posible elegir la ley aplicable conforme al art. 52 en lo relativo a las consecuencias económicas que para las partes derivan de estas obligaciones extracontractuales.

351. Entre las características comunes a los derechos de propiedad industrial e intelectual, su naturaleza territorial ha condicionado históricamente de manera muy especial la determinación de la ley aplicable a tales derechos. El carácter inmaterial de estos bienes, que hace posible su utilización simultánea en diferentes lugares, junto a su naturaleza territorial, justifican el empleo de criterios específicos para determinar la ley aplicable, que no tienen por qué ser coincidentes con los utilizados con respecto a los bienes corporales o los empleados para las obligaciones extracontractuales en general. Debido al limitado alcance territorial de los derechos de propiedad industrial e intelectual únicamente pueden ser infringidos por actividades desarrolladas en el correspondiente territorio de protección o dirigidas al mismo, pues la posición de exclusiva que atribuyen sólo va referida al territorio del Estado (o ente supranacional) que lo otorga o cuya legislación establece ese concreto derecho.

Estos rasgos esenciales de los derechos de propiedad industrial e intelectual compartidos a escala internacional resultan determinantes de que el criterio *lex loci protectionis* sea común prácticamente a todos los Estados para determinar la ley aplicable a la protección de los derechos de propiedad industrial sometidos a registro. Los diversos sistemas de DIPr suelen coincidir en que la ley aplicable a la tutela de estos derechos es la del territorio para el que se reclama la protección, si bien en ocasiones la formulación de la regla de conflicto en la materia es meramente unilateral o adolece de cierta imprecisión, en particular por ir aparentemente referida al país "en el que se reclama la protección" o por carecer de una regla específica sobre ley aplicable a la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual. El criterio de la ley del país de protección ha encontrado acogida en materia de propiedad industrial e intelectual en la mayoría de las modernas legislaciones de DIPr, al tiempo que es también aceptado en sistemas que carecen en su legislación de una regla de conflicto específica con respecto a las infracciones de tales derechos.

**352.** La formulación multilateral del art. 56.1° deja claro que la ley de protección no coincide necesariamente con la *lex fori*, en la medida en que los tribunales del foro resulten competentes para enjuiciar la infracción de derechos de propiedad intelectual extranjeros. Al ser en cada caso de aplicación la ley del país para el que se reclama la protección, cuando una demanda va referida a la infracción de derechos en una pluralidad de países la regla de conflicto conduce a la aplicación de las legislaciones de todos esos países de forma distributiva. Esta circunstancia se vincula con la territorialidad e independencia características de estos derechos.

En coherencia con la estructura del texto legal, el supuesto de hecho de esta norma es limitado, pues va referido a la obligación extracontractual que se derive de la infracción de un derecho de propiedad intelectual, de modo que otros aspectos del régimen de estos derechos quedan al margen, estando incluidos en el **art. 61**, que regula la ley aplicable al resto de los aspectos de los derechos de propiedad intelectual, previendo también que se regirán por la ley del país para el que se reclame la protección.

**353.** El fundamento de la regla *lex loci protectionis* determina que en materia de protección de la propiedad intelectual e industrial el criterio de conexión tenga en principio carácter imperativo y se excluya la posibilidad de que las partes elijan la ley

aplicable. No resulta controvertido, por ejemplo, que para determinar qué derechos de exclusiva se protegen, cuál es su contenido y qué actividades constituyen actos de infracción debe ser en todo caso de aplicación la *lex loci protectionis*, sin que las partes puedan designar un ordenamiento distinto como aplicable. Sin perjuicio de lo anterior, la tendencia a favorecer la autonomía conflictual en el ámbito de las obligaciones no contractuales ha ido unida en ciertos países al reconocimiento de un cierto alcance a la autonomía conflictual en materia de infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial. Desde la perspectiva comparada, el art. 110 apartado 2 de la Ley suiza de DIPr de 1987 supuso una innovación significativa a este respecto, que ha sido desarrollado con posterioridad en la legislación belga y holandesa.

En línea con la solución adoptada en relación con la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de actos de competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia, el apartado 2 contempla la posibilidad de que en estos casos opere la autonomía conflictual pero únicamente con respecto a las consecuencias patrimoniales entre las partes de la infracción de derechos. El fundamento para admitir la libertad de elección es que es un instrumento apropiado -aunque con relevancia práctica limitada – para dotar de seguridad jurídica a este tipo de litigios y, dentro de esos límites, se corresponde con el poder de libre disposición del que gozan las partes en el plano material sin menoscabar los intereses generales presentes en la regulación de este sector ni las exigencias derivadas del principio de trato nacional. En consecuencia, y como consecuencia de lo dispuesto en el art. 61, la lex loci protectionis mantiene su carácter de norma de conflicto imperativa e inderogable por las partes con respecto a la existencia y todos los demás aspectos relativos a la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual, su duración, validez, titularidad, contenido... Sólo la lex loci protectionis determina, en particular, si ha tenido lugar o no la infracción. Se trata de un enfoque coherente con el fundamento de la regla lex loci protectionis y los intereses implicados en ese sector del ordenamiento.

- Art. 57. *Ámbito de la ley aplicable*. La ley aplicable a la obligación extracontractual regula, en particular:
- i) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos;
- ii) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad;
- iii) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;
- iv) las medidas para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño;
- v) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización;

- vi) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente;
  - vii) la responsabilidad por actos de terceros;
- viii) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.
- **354.** Esta norma determina el conjunto de materias regidas por la ley rectora de las obligaciones extracontractuales en virtud de las reglas de conflicto establecidas en esta Sección Sexta. La enumeración de materias que incorpora no tiene carácter exhaustivo como refleja claramente la inclusión con carácter previo de la expresión "en particular".

La enumeración resulta de gran importancia para la delimitación del alcance de las reglas de conflicto de esta sección con otras reglas sobre ley aplicable contenidas en la Ley Modelo en materias próximas<sup>444</sup>. Por ejemplo, es clave para delimitar el alcance de la regla del **art. 56** sobre infracción de los derechos de propiedad intelectual con respecto a la norma sobre derechos de propiedad intelectual establecida en el **art. 61**, perteneciente a la Sección Séptima sobre Bienes.

355. Una norma de este tipo es bien conocida en los instrumentos más avanzados en materia de obligaciones no contractuales. Como precedentes, pueden citarse el art. 8 del Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 4 de mayo de 1971 y el art. 8 del Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos de 2 de octubre de 1973, elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr. Otro precedente de norma similar se encuentra en el art. 15 del Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que unifica esta materia en el seno de la Unión Europea.

**356.** El criterio de partida es que el conjunto de las cuestiones comprendidas en el régimen de las obligaciones extracontractuales quedará determinado por las reglas de conflicto de la presente sección. Pese al carácter meramente indicativo de la enumeración, se ha optado por incluir una relación amplia que favorece el valor didáctico de la norma y su significado como referencia para el aplicador.

Entre las cuestiones que forma el núcleo de las materias reguladas por la ley aplicable a las obligaciones contractuales se encuentran las que tienen que ver con la determinación de si existe o no responsabilidad, en qué medida, e imputable a qué personas. Ello explica que la norma haga referencia expresa al fundamento y alcance de la responsabilidad, así como a la determinación de los responsables —por sus propios actos o por actos de terceros — y a las posibles exenciones o limitaciones de responsabilidad.

<sup>&</sup>lt;sup>444</sup> CONC.: Art. 142 Ley DIPr suiza; art. 53 Proyecto uruguayo.

**357.** Otro conjunto de materias incluidas son las relativas a las consecuencias que derivan de la existencia de responsabilidad, como las medidas para garantizar el cese y la reparación del daño, en particular las concernientes a los daños o indemnizaciones, que incluyen las personas que tienen derecho a ser reparadas lo que puede resultar determinante de la legitimación para el ejercicio de acciones, la transmisibilidad de tales derechos.

Al prever, por último, que el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, deja claro que estas cuestiones deben ser calificadas como cuestiones de fondo y no procesales, de modo que vienen determinadas por la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y no necesariamente por la ley del foro en tanto que ley aplicable al proceso.

## Sección Séptima Bienes

- Art. 58. *Posesión y derechos reales*. 1. La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles, así como su publicidad, se rigen por la ley del Estado en el cual se encuentran los bienes.
- 2. La misma ley rige la adquisición, alteración y pérdida de la posesión, propiedad y demás derechos reales, salvo en materia sucesoria y en los casos en que la atribución de un derecho real dependa de una relación de familia o de un contrato. Se entenderá que el lugar de situación del bien es aquel en el que se encuentre el bien objeto del derecho en el momento de producirse el acto determinante de dichos efectos jurídicos.
- **358.** Esta norma presenta dos apartados claramente diferenciados. El primero establece la regla de conflicto y su ámbito básico de aplicación. El segundo apartado detalla que el ámbito de aplicación de la regla comprende otro conjunto de cuestiones que deben ser consideradas jurídico –reales, al tiempo que aporta las claves para la delimitación con las reglas de conflicto reguladoras de otras materias conexas, como las contractuales, sucesorias o familiares<sup>445</sup>. Además, el apartado segundo aporta una regla específica relativa a la concreción del punto de conexión a los efectos de dar respuesta al problema del llamado "conflicto móvil" de particular trascendencia en relación con los derechos reales sobre bienes muebles.

<sup>&</sup>lt;sup>445</sup> CONC.: Art. 99 Ley DIPr suiza; art. 3097 (Cc Quebec); art. 87 Código DIPr belga; art. 31 Ley DIPr austriaca; art. 41 Ley DIPr polaca; art. 55 Proyecto dominicano; art. 54 Proyecto boliviano; art. 39 Proyecto uruguayo: art. 49 Proyecto colombiano.

**359.** En el panorama comparado resulta prácticamente generalizada la adopción de la regla *lex rei sitae* como regla de conflicto en el ámbito de los derechos reales sobre bienes corporales, tanto inmuebles como muebles. En el caso de los bienes inmuebles esta norma de conflicto se corresponde con la existencia de un particular interés del Estado vinculado al concepto de soberanía territorial del Estado en relación con sus recursos y, en particular, sus bienes inmuebles. Además, favorece la correlación *forum ius* en este ámbito en el que es habitual la previsión de competencias exclusivas en el plano jurisdiccional. La aplicación de esta misma regla a los bienes muebles se ve favorecida por criterios de eficiencia económica y resulta de gran importancia en relación con el desempeño de su función ordenadora del mercado.

Conforme al apartado primero, la regla *lex rei sitae* rige qué derechos reales pueden constituirse sobre un bien, así como sus efectos frente a terceros, incluyendo su publicidad, que es típicamente una condición de oponibilidad del derecho real frente a terceros.

Si bien la *lex rei sitae* rige la adquisición, alteración y pérdida de los diversos derechos reales, el apartado segundo precisa que ese no es el caso cuando tales circunstancias sean consecuencia de una sucesión —en la medida en que debe estarse a las normas sobre ley aplicable a las sucesiones — o en los casos en los que dependa de una relación de familia o de un contrato, situaciones a las que serán de aplicación las reglas de conflicto en esas materias.

**360.** La parte final del segundo apartado incorpora una regla sobre precisión del punto de conexión del lugar de situación del bien para hacer frente a los supuestos de conflicto móvil, de singular importancia en relación con el régimen de los derechos reales sobre bienes muebles. Se entenderá que el lugar de situación del bien es aquel en el que se encuentre el bien objeto del derecho en el momento de producirse el acto determinante de dichos efectos jurídicos. Este criterio favorece la previsibilidad de quienes participan en una transacción y se corresponde con la función ordenadora del mercado de la conexión *lex rei sitae*, facilitando la protección de la seguridad del tráfico.

Art. 59. Derechos reales sobre los bienes en tránsito. Los derechos reales sobre los bienes en tránsito se rigen por la ley del lugar de su destino.

**361.** La peculiar posición de los bienes que se hallan en curso de transporte, incluidos los bienes destinados a la exportación, determina que el lugar de situación del bien no sea en este caso un criterio aceptable para determinar la ley aplicable<sup>446</sup>. El concepto jurídico de "tránsito" no tiene que ver con el movimiento físico del bien, sino con el hecho de que éste se halle en curso de transporte, aunque ocasio-

<sup>&</sup>lt;sup>446</sup> CONC.: Art. 101 Ley DIPr suiza; art. 88 Código DIPr belga; art. 56 Proyecto dominicano; art. 57 Proyecto boliviano; art. 40.1ª Proyecto uruguayo.

nalmente se encuentren detenidos por razones técnicas en un almacén, puerto o estación ferroviaria. Cuando las partes constituyen o ceden derechos reales sobre bienes que se encuentran en tales situaciones, la aplicación del lugar de situación física es una respuesta arbitraria e impredecible para las partes, que a menudo ni siquiera están en condiciones de determinar el lugar de situación del bien. En tal caso, la mayoría de los sistemas optan por la aplicación de una *lex rei sitae* ficticia, al igual que en el caso de los medios de transporte, que pretende fijar la ley donde se sitúan realmente las expectativas jurídicas de las partes.

Por ello, es bien conocido en los diversos sistemas de DIPr la formulación de reglas específicas con respecto a la constitución, transmisión o extinción de derechos reales sobre tales bienes, que tienden a basarse bien en lugar de origen o en el lugar de destino de los bienes en tránsito. Este criterio facilita una aplicación anticipada de la ley de destino con respecto a los derechos reales constituidos en relación con esos bienes.

Art. 60. Derechos reales sobre medios de transporte. Los derechos reales sobre automóviles, ferrocarriles, aeronaves o buques se rigen por la ley del país de su pabellón, matrícula o registro.

**362.** La movilidad característica de los medios de transporte determina que el lugar de su situación tampoco resulte un criterio apropiado para determinar la ley aplicable en estos casos. Por ello, como excepción al criterio general *lex rei sitae* esta norma establece que losderechos reales sobre automóviles, ferrocarriles, aeronaves o buques se rigen por la ley del país de su pabellón, matrícula o registro. Se trata de un criterio previsible y estable para determinar el régimen jurídico aplicable<sup>447</sup>.

Art. 61. Derechos de propiedad intelectual. Los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derechos de propiedad industrial, se regirán por la ley del país para el que se reclame la protección.

**363.** Esta norma impone que el régimen de los derechos de propiedad intelectual se determina respecto de cada Estado según su propia legislación, al tiempo que resulta imperativo, por lo que se excluye el recurso a la autonomía de la voluntad. Se trata del mismo criterio que establece el **art. 56** con respecto a la ley aplicable a

<sup>&</sup>lt;sup>447</sup> CON.: Art. 107 Ley DIPr suiza; art. 89 Código DIPr belga; art. 43 Ley DIPr polaca; art. 57 Proyecto dominicano.

la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de propiedad industrial<sup>448</sup>.

El ordenamiento aplicable a los derechos de propiedad intelectual en virtud de esta norma se proyecta sobre la ordenación del conjunto de las cuestiones relativas al régimen de tales derechos en las situaciones transfronterizas no cubiertas por el supuesto de hecho del **art. 56**. Entre tales cuestiones se incluyen las siguientes: requisitos que determinan si una creación es objeto de protección (en particular, el grado de originalidad exigido) o si puede concederse un derecho de propiedad industrial; determinación de la autoría y titularidad de los derechos; bienes objeto de propiedad intelectual; categoría de obras dentro de la que se enmarca una creación; contenido, duración y límites de los derechos (morales y patrimoniales) que integran la propiedad intelectual e industrial (determinantes de los actos constitutivos de infracción); así como ciertos elementos básicos del sistema de transmisión de tales derechos.

**364.** El recurso generalizado a la *lex loci protectionis* en el panorama comparado se vincula, como ha quedado apuntado, con ciertas características básicas de los derechos de propiedad industrial e intelectual presentes en los tratados que contienen el núcleo de la regulación internacional de estos derechos tanto en el marco de la OMPI como de la OMC, en particular el Convenio de la Unión de París, el Convenio de Berna y el Acuerdo ADPIC.

**365.** La presencia en esta Ley de dos normas en materia de ley aplicable en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual acarrea una cierta fragmentación, pero el elemento de complejidad que ello introduce en el sistema resulta atenuado debido a que el criterio de determinación de la ley aplicable es el mismo en ambas reglas de conflicto.

La vinculación del criterio *lex loci protectionis* con la territorialidad como una de las características básicas de los derechos de propiedad industrial e intelectual, así como con el significado de estos derechos en la ordenación del mercado y en el diseño de las políticas nacionales sobre innovación, protección de los consumidores y cultura de cada país, se ha correspondido tradicionalmente con la naturaleza imperativa y absoluta de la regla de conflicto en materia de propiedad industrial e intelectual. Por consiguiente, el alcance reconocido a la autonomía de la voluntad en el **art. 56.2º** no se extiende a las materias reguladas en el **art. 60**.

Art. 62. Derechos sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta. Los derechos reales sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta se regirán por la ley del Estado en el que esté situada la cuenta princi-

<sup>&</sup>lt;sup>448</sup> CONC.: Art. 110 Ley DIPr suiza; arts. 93 y 94 Código DIPr belga; art. 34 Ley DIPr austriaca; arts. 46 y 47 Ley DIPr polaca; art. 58 Proyecto dominicano; art. 59 Proyecto boliviano; art. 64 Proyecto colombiano.

pal, entendiendo por cuenta principal aquella en la que se realizan las anotaciones correspondientes.

**366.** Este precepto incorpora una regla específica para determinar la ley aplicable a los derechos reales constituidos sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta. La existencia de reglas específicas en materia de ley aplicable en este ámbito resulta de particular importancia desde la perspectiva de la seguridad jurídica y responde a la necesidad de establecer criterios de concreción de la regla general *lex rei sitae* tratándose de garantías referidas a anotaciones en cuenta<sup>449</sup>.

Precisamente, con el fin de precisar en qué país se encuentra el bien como elemento determinante de la ley aplicable a la existencia y eficacia frente a terceros de los derechos reales, se ha impuesto en los ordenamientos más avanzadosuna solución basada en un criterio que goza de significativa aceptación a escala internacional para determinar la ley aplicable a los derechos del titular de una cuenta de valores, la conocida como regla PRIMA (*place of the relevant intermediary approach*) en la que resulta clave la situación del intermediario en el que se realizan las anotaciones correspondientes.

**367.** A escala internacional, esta regla es coherente con el criterio adoptado en el Convenio de 5 de julio de 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, elaborado en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr, así como con las normas en el marco de la Unión Europea contenidas en la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.

## Capítulo II

## Normas de aplicación

- Art. 63. Determinación de la ley extranjera. 1. Los tribunales y autoridades caribeños aplican de oficio las normas de conflicto del presente Título o aquellas insertas en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.
- 2. Los tribunales y autoridades aplican la ley designada por la normas de conflicto referidas en el apartado anterior. Para este fin el juez puede utilizar:
  - i) los instrumentos indicados por los convenios internacionales;
  - ii) los dictámenes de expertos del país cuya ley se pretende aplicar;
  - iii) los dictámenes de instituciones especializadas de Derecho comparado;
- iv) cualquier otro documento que acredite el contenido, la vigencia y la aplicación al caso concreto de dicha ley.

<sup>&</sup>lt;sup>449</sup> CONC.: Art. 91 Código DIPr belga.

3. Si, incluso con el concurso de las partes, el juez no puede llegar a establecer la ley extranjera designada, se determinará la ley aplicable mediante otros criterios de relación previstos eventualmente para la misma hipótesis normativa. En su defecto se aplica la ley caribeña.

**368.** Las normas de conflicto contenidas en la **Sección Primera, del Capítulo I del Título III** del Proyecto y en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte se consideran obligatorias e imperativas, aplicables de oficio por el intérprete<sup>450</sup>.

Toda esta materia toma como referencia un presupuesto de base: la norma de conflicto es obligatoria para el juez, pues forma parte del Derecho positivo del foro, quien, a su vez, ha de aplicar la norma material extranjera a la que remite, pues el mandato de ese precepto es imperativo para él. Lo contrario sería atribuir a las normas de conflicto una doble naturaleza: carácter imperativo cuando designen la ley del foro y carácter meramente dispositivo (fakultatives kollissionsrecht) en los supuestos que remitan a un Derecho extranjero<sup>451</sup>. En tal situación, si el juez del foro no aplica de oficio la norma de conflicto de su sistema dejaría a la simple voluntad de las partes o a su impericia o mala fe, la determinación del Derecho aplicable, lo que equivaldría a una excesiva interpretación de la función de la voluntad de las partes en DIPr, sobre todo en materias reguladas imperativamente<sup>452</sup>. Además la configuración facultativa de las normas de conflicto, en contra del principio básico de equidad, llevaría al absurdo de que casos idénticos fuesen resueltos de manera diversa en un mismo Estado, incluso por un mismo tribunal, en función de que las partes hubieran o no instado, de buena o mala fe, la aplicación del Derecho extranjero aplicable.

La redacción del párrafo 1º del precepto que se comenta, al determinar la aplicación *ex officio* de las normas de conflicto del foro, tiene la indudable ventaja técnica de no dejar la aplicación de la norma de conflicto del ordenamiento del foro a merced de que las partes, o una de las partes, quieran o no alegar el Derecho extranjero a su conveniencia. Se establece el carácter de *ius cogens* de las normas de conflicto y, consecuentemente, si el juez en el examen de los hechos que son presupuesto de la norma, tiene constancia de la existencia de un elemento de extranjería está obligado a aplicarla aunque designe a un Derecho material extranjero.

<sup>&</sup>lt;sup>450</sup> CONC.: Arts. 167, 168 y 169 Ley DIPr panameña; art. 16 Ley DIPr suiza; art. 14 Ley DIPr italiana; art. 281.2° LEC (España); art. 244 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba; art. 3 Ley DIPr austriaca; art. 10 Ley DIPr polaca; art. 59 Proyecto dominicano: art. 11 Proyecto argentino; arts. 4 y 5 Proyecto mexicano; arts. 2, 145 y 146Proyecto boliviano; art. 2 Proyecto uruguayo; art. 2 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>451</sup>Vid. A. Flessner, "Fakultatives Kollisionsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 34, 1970, pp. 547–584; F. Sturm, "Facultatives Kollisionrecht: Notwendigkeit und Grenzen", *Festschrift fur K. Zweigert*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1981, pp. 329–351; K. Zweigert, "Zur Armut des Internationalen Privatrecht an Sozialen Werten", *Rabels Z.*, vol. 37, 1973, pp. 434–452.

<sup>&</sup>lt;sup>452</sup> J. A. Carrillo Salcedo, "¿Alegaciones de Derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por el Juez español de la norma de conflicto española?", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIV, 1961, pp. 585–601

La opción del Proyecto es acorde con el Derecho comparado<sup>453</sup>, con el Código Bustamante, en cuyo art. 408 obliga a los jueces aplicar "de oficio", cuando proceda, las leyes de los demás, y con lo prescrito en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de 1979 (art. 2).

- **369.** Dos cuestiones procesales comprometen indirectamente, sin embargo, la imperatividad de la norma de conflicto <sup>454</sup> prevista el párrafo 1° de este precepto:
- i) Puede ocurrir que las partes no evidencien, o incluso oculten, el elemento de extranjería que justifica la aplicación de la norma de conflicto. En tal circunstancia, el principio de congruencia de la sentencia junto con el principio de justicia rogada o dispositivo, impediría al juez la facultad de indagar y establecer dichos elementos de hecho. No obstante, si el juez aprecia de oficio que existen elementos extranjeros que pueden interferir en la claridad y precisión de las pretensiones deducidas debe advertirlo al inicio de procedimiento.
- ii) Puede quedar afectada si se mantiene un régimen procesal dispositivo del Derecho extranjero, pues si el Derecho extranjero no resulta alegado ni probado por las partes debería aplicarse, en su defecto, la ley caribeña (párrafo 3°). Semejante solución, puede implicar *de facto* que la imperatividad de la norma de conflicto sólo es tal cuando remite al Derecho del foro. Por eso, si la norma de conflicto apunta a un Derecho extranjero, las normas procesales deben permitir la posibilidad real de elección entre el Derecho extranjero y el Derecho del foro<sup>455</sup>.

En el fondo de la pretensión de interpretación dispositiva de las normas de conflicto se infiere, como ha explicitado la jurisprudencia francesa en el caso *Bisbal*, una vocación general de la *lex fori*<sup>456</sup>. En su virtud, la norma de conflicto adquiere

<sup>&</sup>lt;sup>453</sup>Art. 59 Proyecto dominicano, que incluye un texto idéntico al del precepto comentado. En Europa vid. el art. 16 Ley DIPr suiza de 1987 y los comentario de B. Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2ª ed, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1997, pp. 42–50; art. 14 Ley DIPr italiana de 1995 y los comentarios de N. Boschiero,enLegge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1035–1043; art.. 60 Ley DIPr venezolana: "El Derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable y los Tribunales y autoridades podrán dictar providencias tendientes al mejor conocimiento del mismo". J.L. Bonnemaison W., "La aplicación del Derecho extranjero", Ley DIPr de 6 de agosto de 1998. Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 205–210. Vid. Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 enero 1985, asunto Gonçalves Rodríguez / Transportes Aéreos Portugueses (TAP), Ramírez & Garay, vol. 90, primer trimestre 1985, pp. 465–473.

<sup>&</sup>lt;sup>454</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Madrid, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, pp. 138–139

<sup>&</sup>lt;sup>455</sup> J. C. Fernández Rozas, "Art. 12.6", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I., vol. 2°, 2ªed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 973–1082

<sup>&</sup>lt;sup>456</sup> El asunto *Bisbal*, resuelto por el Tribunal de Casación francés, es un ejemplo ya clásico de esta última alternativa: su sentencia de 12 mayo 1959, rechazó un recurso contra una decisión por la cual una separación entre cónyuges de nacionalidad española se convertía en un divorcio conforme a la ley francesa. La esposa alegaba la indebida aplicación de oficio de la ley extranjera (ley española), aplicable a tenor de la norma de conflicto francesa por entonces vigente. La ley española prohibía a la sazón el divorcio vincular. El tribunal francés afirmó que "las normas de conflicto francesas,

una naturaleza y un alcance diverso según que el punto de conexión lleve a la aplicación de la ley del foro o de una ley extranjera. La norma de conflicto resulta obligatoria si somete la solución del supuesto concreto a la ley del foro, en tanto que conserva un carácter meramente dispositivo si selecciona la ley extranjera. El "legeforismo" de esta solución encuentra una difícil explicación racional. Si el legislador prevé la aplicación de una ley extranjera a un concreto supuesto de hecho no cabe duda de que lo hace por estimarla más adecuada; pensar que la solución más justa coincide con la aplicación de la ley del foro sólo se justifica en el hecho de resultar menos costosa, de más fácil conocimiento para el juez y eventualmente favorable al interés de los litigantes; semejante postura omite de forma absoluta los intereses de los terceros, del comercio internacional, y los propios del Estado en mantener la concepción de la justicia y la armonía internacional de soluciones.

**370.** El párrafo segundo del precepto se refiere a la denominada "consecuencia de la norma de conflicto" puede resumirse en una disyuntiva: aplicación por el juez o la autoridad de la ley del foro o de una ley extranjera. Aunque, en principio, ambas opciones aparecen enunciadas en un plano de igualdad, el proceso de aplicación práctica de la norma de conflicto conduce a maximizar las posibilidades de aplicación de la ley del foro. Aun así, el hecho de que la localización recaiga en el Derecho del foro no significa que el tratamiento de la situación privada internacional vaya a ser exactamente el mismo que si se tratara de una situación interna. Como dispone en **art. 64**, el intérprete debe aplicar la *lex fori* atendiendo a las peculiares circunstancias introducidas por el elemento internacional.

La aplicación del Derecho extranjero en el foro supone la última fase del método de atribución e implica que la realización del proyecto de reglamentación contenido en la norma de conflicto no ha quedado distorsionado. Ahora bien, tal aplicación nos enfrenta a una contradicción fundamental entre el sistema del foro y el sistema extranjero, pues ambos son ordenamientos jurídicos con un tratamiento procesal diferencial. El principio iura novit curia no opera, en principio, para el Derecho extranjero. Sin embargo, tampoco el Derecho extranjero tiene la consideración procesal de un simple hecho, al menos en todas las hipótesis. Los hechos, una vez probados, siguen siendo hechos. Sin embargo, el Derecho extranjero debidamente acreditado se erige en auténtico Derecho, que va a ser aplicado por el juez para resolver la controversia. En suma, el Derecho extranjero tiene una consideración procesal peculiar, viene a ser un tertium genus entre el Derecho y los hechos. Tal naturaleza ha de quedar garantizada en el proceso, por lo que su tratamiento procesal ha de revestir características propias, siendo a veces asimilables a la condición procesal de los hechos y, en otras ocasiones, a las normas jurídicas nacionales. El párrafo 2º del precepto que comentamos confirma este carácter procesalmente hí-

al menos en cuanto determinen la aplicación de la ley extranjera, no tienen carácter de orden público, en el sentido de que compete a las partes reclamar su aplicación, no pudiendo reprocharse a los jueces de fondo el hecho de no haber aplicado de oficio la ley extranjera, efectuando, en tal caso, una llamada a la ley interna francesa que tiene vocación para regir todas las relaciones de Derecho privado" (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 62 *et seq.* y nota de H. Batiffol; *Journ. dr. int.*, 1960, pp. 810 *et seq.* y nota de Sialelli; B. Ancel e Y. Lequette, *Grands arréts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 2006, pp. 284 *et seq.*).

brido del Derecho extranjero pues se refiere a la necesidad de la prueba del Derecho extranjero lo que es un claro síntoma de que no se trata de un simple hecho, sino de auténticas fuentes del Derecho, aunque "también" deban ser probados.

Es indudable que la singularidad del proceso de localización se debe a la posibilidad que abre de aplicar un Derecho extranjero. Esta posibilidad es común a la generalidad de los sistemas jurídicos, pero conviene precisar que

- i) Si bien la mayoría de las normas de conflicto de la **Sección Primera, del Ca- pítulo I del Título III** del Proyecto utilizan el término "ley" o "Derecho", la referencia no se circunscribe a la "ley" en sentido formal, sino al ordenamiento o legislación en sentido general. La norma de conflicto remite al Derecho extranjero, comprendiendo todas las fuentes del mismo (Constitución, ley, reglamentos, costumbres, etc.), debiendo este bloque normativo ser interpretado, como reza el **art. 64**, como lo harían los jueces del Estado de dicho ordenamiento.
- ii) Con referencia al **art. 65** del Proyecto (*vid. infra*), no existe ninguna limitación especial a la aplicación de las normas de un sistema extranjero, según su carácter "público" o "privado". La remisión de la norma de conflicto se hace al Derecho extranjero que ha de regir la situación privada litigiosa, con independencia de su carácter y eventual naturaleza. En la práctica, la aplicación de las normas materiales extranjeras de Derecho público cobra importancia real en este sector patrimonial de la contratación internacional, sometido a cierto intervencionismo estatal. En este punto, el problema se centra en la aplicación de las disposiciones imperativas o normas de orden público económico del ordenamiento extranjero, problema que será analizado en el marco del régimen de las obligaciones contractuales.
- iii) Debe diferenciarse la aplicación del Derecho extranjero *stricto sensu* de otros supuestos que conllevan su "toma en consideración" como simple dato, como mero hecho determinante o condicionante de la aplicación de las normas de DIPr del foro<sup>457</sup>.
- **371.** El principio de alegación de parte que se inserta en el precepto comentado y que se confirma en el art. **64.1º**, no impide que el juez participe activamente en la indagación y aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, es conveniente analizar si el propio conocimiento del juez acerca del Derecho extranjero puede suplir la carga de la prueba del mismo por las partes e, incluso, su invocación<sup>458</sup>. Es posible que, ante la pasividad de las partes, el juez anteponga su propio conocimiento privado acerca del Derecho extranjero, no en vano, en algunos casos, la cultura jurídi-

<sup>&</sup>lt;sup>457</sup> L. García Gutiérrez, "El 'doble escalón' del Derecho internacional privado: sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del Derecho material aplicable", *Pacis artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2004, pp. 1547–1561

<sup>&</sup>lt;sup>458</sup> F.J. Garcimartín Alférez, Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal, Madrid, Tecnos, 1994.

ca del juzgador le permite conocer sin duda alguna el contenido del Derecho extraniero sobre ciertos particulares<sup>459</sup>.

No es intención del precepto que el juez pueda suplir la prueba del Derecho extranjero merced a su propio conocimiento. El Derecho extranjero debe ser probado y dicha prueba compete, en principio, a las partes. El juez puede tomar la iniciativa para recabar los medios probatorios suficientes para confirmar el contenido del Derecho extranjero, independientemente de que lo conozca o no, pero no puede suplir la necesaria prueba del Derecho extranjero, que debe constar siquiera mínimamente en autos, mediante su subjetivo conocimiento del Derecho extranjero. La consideración fáctica del Derecho extranjero hasta el momento de su prueba aconseja la existencia en el procedimiento de un principio mínimo de prueba requerido como garantía constitucional, al tiempo que evita una decisión del juez que pudiera resultar arbitraria. Para ello, entre otras alternativas<sup>460</sup>, la solución adoptada en el Proyecto se orienta en el sentido de que la función judicial se lleva a cabo a través de una colaboración entre el juez y las partes. Los interesados deben de alegar la normativa extranjera que estimen aplicable al supuesto, pero si el juez conoce el contenido del Derecho extranjero debe darle aplicación.

**372.** En orden al contenido de la prueba de la ley extranjera el artículo comentado exige que se confirme "la vigencia y la aplicación al caso concreto de dicha ley". El grado de intensidad de la prueba corresponderá a los tribunales de justicia en concreto si es suficiente la mera cita aislada de preceptos concretos, o si es necesario una acreditación de mayor envergadura. El principio de alegación por las partes debe llevarse hasta sus últimos extremos exigiendo, no sólo estrictos medios de prueba, sino también una certeza absoluta acerca del contenido del Derecho extranjero.

Si las partes no invocan o manifiestan una total pasividad en la prueba del Derecho extranjero la opción más adecuada es que el juez no debe desestimar la pretensión, sino tomar la iniciativa en la obtención de dicha acreditación. Si las partes tienen derecho a invocar y probar el Derecho extranjero, y han de tener en todo caso la posibilidad de debatir en torno a dicha prueba y a su propia aplicación, ello no soslaya la obligación del juez de aplicar de oficio la norma de conflicto y de garantizar que el litigio sea resuelto conforme al Derecho extranjero reclamado<sup>461</sup>. En este caso, los costes derivados de la prueba se impondrán al demandante pasivo en la correspondiente condena en costas, propiciando una sanción proporcionada a su falta de iniciativa.

<sup>&</sup>lt;sup>459</sup> Art. 244 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba: "A cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras, así como la vigencia del Derecho extranjero cuya aplicación reclame. Los hechos notorios por su publicidad y evidencia serán apreciados sin necesidad de prueba".

<sup>&</sup>lt;sup>460</sup> I. Zajtay, "Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Étude de droit comparé", *Riv. dir. int. pr. Proc.*, 1968, pp. 233–301; *id.*, "Problemas fundamentales derivados de la aplicación del Derecho extranjero", *Bol. Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XI, 1978, pp. 371–382.

<sup>&</sup>lt;sup>461</sup> S. Álvarez González, "La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional", *Revista Española de Derecho Internacional.*, vol. LIV, 2002/1, pp. 205–223.

- 373. El apartado i) del párrafo 2º del precepto comentado permite al juez el empleo del cauce de la asistencia judicial internacional y en tal sentido resulta obligado referirse a los arts. 408 a 413 del Código Bustamante de 1928 en el marco de su reducido ámbito de aplicación y a la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979, y de la que son parte, además de España, Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Se trata de un texto internacional elaborado en el seno de la CIDIP II que establece un sistema de cooperación internacional entre los Estados miembros para la obtención de los elementos probatorios e información acerca del Derecho de cada uno de éstos. Dichos elementos probatorios comprenderán "el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho" (art. 2) y se incorporan dentro de unos "medios idóneos" (art. 3) tales como: a) la prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales; b) la prueba pericial, consistente en dictámenes de Abogados o expertos en la materia; y c) los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho. Las solicitudes deberán contener una indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan y consignarán cada uno de los puntos a que se refiere la consulta, con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión. El idioma de la solicitud será el del Estado requerido (art. 5). Esta podrá ser dirigida directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la autoridad central del Estado requirente a la correspondiente autoridad central del Estado requerido, sin necesidad de legalización. La autoridad central de cada Estado parte recibirá las consultas formuladas por las autoridades de su Estado y las transmitirá a la autoridad central del Estado requerido (art. 7).
- **374.** En ausencia de cooperación internacional pueden emplearse en la prueba del Derecho extranjero los medios admitidos por la legislación del foro. Dentro de ellos destaca la prueba documental y, de forma particular, la prueba pericial.
- i) La prueba documental se revela como la más operativa, y la que ofrece mayores garantías. Dicha prueba no es admisible a través de documentos privados o generales, colecciones legislativas, obras doctrinales, etc., sino a través de documentos públicos o intervenidos por fedatario público y puede aportarse al proceso a través de certificaciones expedidas: a) por una autoridad estatal habilitada para suministrar esa información que suele estar adscrita al Ministerio de Justicia; b) por diplomáticos o cónsules del Estado del foro acreditados en el Estado cuyo Derecho debe aplicarse; c) por diplomáticos o cónsules del país en cuestión, acreditados en el Estado del foro. Estas certificaciones serán rápidas y fáciles de conseguir, pero tienen el inconveniente de que jamás podrán determinar el alcance y contenido de la norma extranjera, sino únicamente su texto literal y, eventualmente, su vigencia. No obstante, tal inconveniente puede subsanarse solicitando información al país extranjero de que se trate o utilizando un mecanismo de información que la referida autoridad estatal acreditada para tal función. Esta prueba puede ser suficiente por sí misma en muchos casos pero cuando el contenido de la norma extranjera no exige

una interpretación especial, es fácil que la existencia de la normativa probada a título documental sea más que suficiente.

- ii) El precepto estudiado contempla la posibilidad de determinar la existencia y vigencia de la legislación extranjera a través de "los dictámenes de expertos del país cuya ley se pretende aplicar". Ahora bien, no cabe duda de que la prueba pericial debe ser objeto de mayor sospecha que la prueba documental, por la eventual "imparcialidad" de unos peritos cuyo concurso solicita, pero que remunera por lo general, la parte interesada. De ahí que deba extremarse el control de la capacidad e independencia del perito, e incluso deba tenderse al nombramiento libre del perito por el Juez, teniendo en cuenta las garantías de capacidad e independencia que ofrece. Algunas otras decisiones hacen gala, sin embargo, de una mayor flexibilidad.
- iii) Por último se admite la acreditación a través de "los dictámenes de instituciones especializadas de Derecho comparado"
- 375. El tratamiento táctico a efectos procesales del Derecho extranjero plantea otro importante problema: si una parte alega una ley extranjera como hecho y la otra admite expresamente la existencia de dicha norma, sin ofrecer de ella interpretación diferente, ¿debe el Tribunal dar por sentada su existencia partiendo de la denominada constricción de los "hechos admitidos"? Una respuesta positiva no es satisfactoria. El juez no puede construir su sentencia a partir de una pretendida norma extranjera, sólo porque su existencia no sea controvertida por la parte contraria a la que la alegue. Es más, situándonos en un caso extremo, ¿es que va a dejar de aplicar una disposición que él, por su conocimiento privado, sabe que en efecto existe, sólo porque el litigante tenía que probarla no la haya hecho?. La respuesta a este interrogante depende de que se permita la investigación ex officio judicis o que se siga una posición más conservadora en este ámbito. Si una parte prueba suficientemente el contenido, existencia y vigencia del Derecho extranjero, la otra parte, si lo acepta, queda relevada de la prueba; pero, en definitiva, se exige que la prueba se haga suficientemente por una de las partes, lo cual es contradictorio. Por otro lado, la aceptación de la doctrina de los hechos admitidos permite, de facto, que las partes conculquen los principios de regulación previstos por el legislador en una norma de conflicto. La solución óptima es que el juez, ante el acuerdo de las partes sobre el contenido del Derecho extranjero, haga valer su propio conocimiento o las fórmulas que el ordenamiento le brinda para indagar de oficio el Derecho extranjero. Ello nos pone en relación con la cuestión general de la participación del juez en la indagación del Derecho extranjero, posibilidad abierta en el Proyecto.
- **376.** Sentada la máxima de la inaplicabilidad de oficio del Derecho extranjero, es menester averiguar si existe algún mecanismo en el que permita al juez suplir el defecto de alegación del Derecho extranjero o de la prueba de su contenido. En este punto las diligencias para mejor proveer destinadas al conocimiento del Derecho extranjero son una facultad del juez, y nunca una obligación; pero, además, parece que dichas medidas, dado su carácter y ubicación en el proceso, por muy aconseja-

bles que resulten, sólo serían procedentes si las partes han invocado el Derecho extranjero, pero no lo han probado suficientemente. Consecuentemente, siempre sería necesaria la alegación por las partes del Derecho extranjero, y la actividad del juez se reducirá a complementar o incluso suplir la necesaria prueba de dicha alegación por las partes. Partiendo de que las diligencias para mejor proveer no pueden recaer, dada su naturaleza, en hechos que no hayan sido alegados por las partes, es menester poner de relieve el carácter restrictivo a que conduce esta interpretación. Una vez que el juez determina, a través de la aplicación de oficio de sus normas de conflicto, la aplicabilidad de un Derecho extranjero para regir el supuesto, debería estar facultado para poner en marcha los mecanismos de prueba del mismo, independientemente de si las partes lo han alegado o no.

**377.** Acorde con el principio de imperatividad de la norma de conflicto parece a primera vista la desestimación de la pretensión, cuando las partes no han alegado o probado de forma suficiente el Derecho extranjero. Utilizando estrictamente este principio, la parte que no alega o no consigue probar el Derecho extranjero verá desestimada su demanda sin posibilidad alguna de volver a plantear su pretensión alegando y probando correctamente el Derecho extranjero. Semejante solución muy posiblemente será contraria al principio de tutela judicial efectiva, por lo que resultará obligado interpretar el sistema de forma que se pueda corregir tal resultado.

Una desestimación de la pretensión basada exclusivamente en la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero no supone una respuesta en cuanto al fondo de la pretensión, sino una sanción a la conducta procesal de las partes desproporcionada y arbitraria habida cuenta de sus consecuencias impeditivas de obtener una resolución en cuanto al fondo. En todos aquellos casos en que la remisión al Derecho extranjero procede de una norma de conflicto de origen convencional, en cuyo caso la aplicación de oficio es necesaria para respetar la obligación internacional asumida; este es el propio tenor de las normas convencionales que suelen exigir la aplicación de la ley designada con la única excepción del orden público.

378. El órgano de aplicación puede encontrarse en la situación de no poder, materialmente, aplicar el Derecho extranjero. Esta imposibilidad, contemplada en el párrafo tercero del precepto que se comenta, es absoluta si resulta imposible fijar el punto de conexión de una norma de conflicto, cuando la normativa extranjera presenta una laguna en la reglamentación del supuesto o bien su contenido no ha podido ser determinado o es abiertamente contrario al orden público, en el sentido expuesto en el epígrafe anterior, hablándose en este último caso de una imposibilidad legal o moral, más que material. La imposibilidad puede ser parcial si únicamente se desconocen o exceptúan normas relativas a aspectos parciales de la situación litigiosa, en cuyo caso sólo respecto de aquéllas se suscita la imposibilidad material de aplicar el Derecho extranjero. La falta de prueba del Derecho extranjero no implica en sí misma una imposibilidad material, ya que puede depender de la voluntad de las partes o del intérprete, si bien sus consecuencias pueden coincidir, como veremos, con las que produce la imposibilidad material de aplicar el Derecho extranjero.

Es estos casos se trata de determinar qué Derecho debe aplicarse en el supuesto de que la norma de conflicto del foro designe a un Derecho extranjero y éste es de imposible conocimiento por el juez, o, si se quiere, cuando estemos ante un caso de "imposibilidad material" en la aplicación del Derecho extranjero. Ante este problema cabían hipotéticamente al juez dos soluciones. En primer lugar, rechazar, pura y simplemente, la demanda, que es la más simple pero que comporta una situación procesal de no solución a la controversia y puede dar lugar a consecuencias evidentemente injustas, no sólo poner en duda el carácter jurídico del Derecho extranjero, sino porque se incurre en una evidente denegación de justicia. En segundo lugar, que sea vea "obligado" a aplicar un ordenamiento distinto. La cuestión consiste entonces en determinar éste. A tal interrogante caben tres respuestas.

- i) Estimar que dicho ordenamiento debe ser determinado por el propio juez en base a los "principios generales del Derecho comunes a los sistemas en presencia" en el litigio<sup>462</sup>. No cabe duda que esta construcción implica una potenciación del método comparado, al insistir en los aspectos comunes de los sistemas jurídicos en presencia. Sin embargo, a pesar de lo atrayente del planteamiento, cabe preguntarse por su operatividad y, en tal sentido, lo que sí resulta de fácil aplicación en los arbitrajes no lo es tanto para el Juez nacional, que se encuentra limitado por su propio ordenamiento jurídico.
- ii) La aplicación del ordenamiento jurídico más próximo. Es decir, en el caso de imposibilidad material en la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, se acudiría a un ordenamiento de la misma familia jurídica, también sobre la base del Derecho comparado. Se trata de una solución interesante desde la perspectiva teórica, pero irreal desde el punto de vista práctico. Es cierto que existen sistemas jurídicos con un alto grado de mimetismo y recepción respecto a otros, no obstante, aplicar en estos casos la solución propuesta conduce a un resultado de puro expediente y a su posible arbitrariedad y por los resultados contradictorios a los que podría dar lugar.
- iii) La aplicación de la *lex fori*. Esta concepción ha sido mantenida desde posiciones distintas. Se habla, en primer término, de una "presunción de identidad" por lo cual esta tesis posee una directa relación con el argumento que acabamos de exponer; pero sólo resulta operativa en los países anglosajones sobre la base del *common law*. También se ha hecho referencia a la "competencia general del Derecho del foro" 463, Por último, es más frecuente el planteamiento que acude a una supuesta la competencia residual del Derecho del foro; la norma de conflicto del foro nos remite al Derecho material extranjero, pero, caso de faltar éste, es el propio Derecho del foro el que completa el vacío con sus propias normas materiales 464.

<sup>&</sup>lt;sup>462</sup> Esta es la solución a la que llegó el árbitro Lord Asquith of Bishopstone en el asunto de las concesiones petrolíferas de Abu Dhabi Oil, Int'l Comp. L. Q., vol. I, 1952, p. 247. Vid. Ph.C. Jessup, Transnational Law, New Haven, Yale University Press, 1956, pp. 27 et seq.

<sup>&</sup>lt;sup>463</sup> J. M. Bischoff, La compétence du droit française dans le réglement des conflits de lois, Paris, LGDJ, 1959. Vid. supra, el asunto Bisbal.

<sup>&</sup>lt;sup>464</sup> A. Ehrenzweiz, *Private International Law*, I, 2<sup>a</sup> ed., Leyden, Sijthoff–Oceana, 1972, pp. 103–104.

Esta es la solución que adopta decididamente el párrafo 3, *in fine*, del precepto que se comenta. No en vano, la superioridad de la ley del foro deriva de razones prácticas elementales tales como su certidumbre y, sobre todo, las facilidades de interpretación que incumben al Juez<sup>465</sup>

Aceptada esta última solución el juez debe, sin embargo, tener la certidumbre de que la imposibilidad de información acerca del Derecho extranjero no es fruto de una mera negligencia de la parte o de una actitud fraudulenta<sup>466</sup> y para ello, puede utilizar el cauce de las diligencias oportunas. Dicho en otros términos, la aplicación de la *lex fori* sólo será factible cuando se hayan agotado todos los medios de información del Derecho extranjero y, además, cuando exista una relación sustancial del supuesto con el foro. Y, en cualquier caso, deberá intervenir únicamente como última *ratio*, pues existen ocasiones en las que podría ser factible acudir a un "tercer Derecho" a través de la utilización de criterios de conexión de carácter subsidiario deducidos del propio sistema de DIPr que estemos aplicando<sup>467</sup>.

Art. 64. *Interpretación*. 1. Los jueces y autoridades caribeños están obligados a aplicar la ley extranjera tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

- 2. La ley extranjera se aplica según sus propios criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo.
- **379.** Al aplicar el Derecho extranjero el Juez del foro debe partir de la idea de la integridad de ese ordenamiento<sup>468</sup>. De acuerdo con este precepto el juez debe "sumergirse" en el sistema jurídico extranjero y aplicarlo como si fuera un juez de este país<sup>469</sup>. Ello implica que el Derecho extranjero debe ser aplicado por el juez del foro en el contexto de la pluralidad de fuentes de aquel sistema y que dicho juez

<sup>&</sup>lt;sup>465</sup> P. Gannagé, "L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé", *Annuaire de l'Institute de Droit International.*, vol. 63, I, 1989, pp. 205–240, esp. p. 232.

<sup>466</sup>Cf. H. Batiffol, Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. 63, I, 1989, p. 244

<sup>&</sup>lt;sup>467</sup> F.J. Garcimartín, Sobre la norma de conflicto..., op. cit., pp. 71–74.

<sup>&</sup>lt;sup>468</sup> CONC.: Art. 13.1ª Ley DIPr suiza; art. 15 Ley DIPr italiana; art. 4 Ley DIPr austriaca; art. 60 Proyecto dominicano; art. 3 Proyecto mexicano; art. 3 Proyecto uruguayo; art. 4 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>469</sup> Este problema se planteó de una manera concreta en la jurisprudencia internacional en el asunto relativo al *pago de diversos empréstitos servios emitidos en Francia*. En su sentencia de 12 julio 1929 la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó, una vez que hubo llegado a la conclusión de que era menester aplicar el Derecho interno a un país determinado que "... no parece dudoso que el Tribunal se debe esforzar en aplicarlo como se aplicaría en dicho país. No sería aplicar un Derecho interno aplicarlo de manera diferente a aquélla como sería aplicado en el país en que está en vigor" (*CPJI*, *serie A*, nºs 20–21, pp. 123–125.). *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal de Roma 13 septiembre 1954 (*Anglo–Iranian Oil Company c. SUPOR.*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 519 *et seq.* y nota de R. de Nova.

debe, asimismo, tener en cuenta la jerarquía de fuentes allí imperantes (párrafo 1°). En segundo lugar, es menester proceder a una interpretación de la norma reclamada de acuerdo a los criterios del propio sistema extranjero (párrafo 2°)<sup>470</sup>. La integridad del Derecho extranjero reclamado incluye, en tercer lugar, la denominada remisión *ad extra* cuando se trate de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos (**art. 70** del Proyecto).

La localización continúa siendo el primer escalón del DIPr La norma de conflicto remite la regulación de un supuesto internacional a las normas de un determinado Derecho nacional. Sin embargo, en un segundo escalón, estas normas materiales nacionales no pueden ser aplicadas sin consideración de la internacionalidad del supuesto. Su interpretación, aplicabilidad y actuación deben modularse teniendo en cuenta cómo incide en el caso el elemento internacional. En suma, el segundo escalón, la aplicación del Derecho material de un Estado determinado, exige reintroducir en la respuesta el elemento internacional del caso.

**380.** Las facultades del juez pueden incluso alcanzar el planteamiento mismo de las condiciones de validez constitucional de la ley extranjera siempre, claro es, que en el ordenamiento extranjero exista algún mecanismo de revisión constitucional. En tal caso la posición del juez del foro queda condicionada por la solución que se otorgue a la cuestión por el Derecho extranjero reclamado, sin que influya la inexistencia en su ordenamiento de un proceso similar<sup>471</sup>. Avanzando más en esta idea, cabe atender a una serie de situaciones diversas:

i) Si un tribunal o un órgano político del Estado extranjero cuyo Derecho reclama la norma de conflicto del foro se han pronunciado con eficacia *erga omnes* acerca de la legitimidad constitucional o de la ilegitimidad constitucional de la norma reclamada, el juez del foro debe resolver de acuerdo con los criterios expresados por el tribunal u órgano político extranjero, subsumiéndose el tema en la problemática general de la prueba de Derecho extranjero, que será abordada más adelante. La razón última de tal aseveración descansa, de un lado, en que la juridicidad de la norma reclamada en el ámbito de su propio ordenamiento jurídico es un requisito previo a su toma en consideración<sup>472</sup> y, de otro lado, en el hecho de que si la ley extranjera ha perdido su juridicidad carece de fuerza imperativa en el Estado de origen, y, por tanto, no puede ser aplicada por el juez del foro<sup>473</sup>. De esta suerte, el juez del foro debe limitarse a asumir en toda su extensión el resultado del fallo

<sup>&</sup>lt;sup>470</sup> El párrafo 2º de este precepto reproduce en su integridad el art. 15 Ley italiana de Derecho internacional privado de 1995. *Vid.* N. Boschiero, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato* (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1043–1045. *Vid.* art. 3 Proyecto mexicano: "La ley extranjera se aplicará según sus propios criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo"; art. 60 proyecto dominicano, que incluye un texto idéntico al del precepto comentado. *Vid.*, asimismo el art. 14 Código DIPr belga de 2004.

<sup>&</sup>lt;sup>471</sup> C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 255 et seq.; R. M. G. de Moura Ramos, *Dereito internacional privado e Constitução. Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 242 et seq.

<sup>&</sup>lt;sup>472</sup>G. Morelli, "Controllo di costitucionalitá di norme straniere", *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 171–183, esp. pp. 171–174.

<sup>&</sup>lt;sup>473</sup> H. Motulsky."L'office du juge et la loi étrangére", *Mélanges offerts á Jacques Maury*, vol. I, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 362.

del Tribunal Constitucional extranjero que se pronuncia en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma reclamada<sup>474</sup>. Dicha asunción no deriva de la sumisión directa al fallo del tribunal extranjero, sino del propio mandato contenido en la norma de conflicto de aplicar el Derecho extranjero en su propio contexto, tal y como lo harían las autoridades del país en cuestión. Naturalmente, en la aplicación de la norma extranjera declarada constitucional entrará siempre el límite de no ser contraria al orden público del foro.

ii) En la hipótesis de que el procedimiento de control constitucional del Derecho reclamado por la norma del conflicto del foro esté pendiente de solución, cabe la posibilidad de suspender el proceso en el foro, aunque esto no es posible a veces de acuerdo con las normas procesales del foro, toda vez que el Juez está obligado a emplear dichas normas en la verificación si se dan los motivos que justifican la suspensión. En cualquier caso, la situación de pendencia existente en el Estado extranjero debe ser relevante para el juez del foro cuando la decisión foránea pueda afectar con carácter general a la juridicidad de la norma controvertida. Dicha relevancia requiere, claro está, que exista un procedimiento abierto en el extranjero acerca de la constitucionalidad de dicha norma ante el órgano constitucional competente para ello; y que el cambio de la norma impugnada condicione a los órganos que deban aplicarla y, por ende, al juez del foro. El carácter condicionante para este último está en función de que aprecie que en el sistema extranjero se suspende la aplicación de la norma controvertida hasta que finalice el juicio de constitucionalidad<sup>475</sup>.

iii) Mayores interrogantes suscita la variante según la cual la ley extranjera invocada "pudiera llegar a ser anticonstitucional" en el Derecho extranjero cabiendo la posibilidad de que así lo llegue a declarar el Tribunal Constitucional u órgano similar en este país ¿está el juez del foro facultado para pronunciarse sobre la anticonstitucionalidad del precepto, aunque aún no haya sido declarada ésta en el país de donde dimana?. El precepto comentado no cierra esta vía que está en relación directa con el alcance de los poderes que el juez del foro disponga para ejercer un control de la constitucionalidad<sup>476</sup>. En todo caso el mecanismo se "inmersión" en un ordenamiento extranjero implica que si en el sistema constitucional extranjero se entiende que la norma impugnada sigue manteniendo validez hasta que no exista un pronunciamiento expreso por parte del órgano constitucional, dicha norma sigue

<sup>&</sup>lt;sup>474</sup> Así lo puso de manifiesto la sentencia del Tribunal de *Grand Instance* de Dunkerke de 29 noviembre 1989, donde se planteaba una reclamación alimenticia consecuencia de una separación matrimonial. El Tribunal admitió de oficio su vinculación a una decisión del Tribunal Constitucional italiano que declaró inconstitucional el art. 18 del Código civil, que establecía la ley nacional del marido para las relaciones personales entre cónyuges de diferente nacionalidad (*Journ. dr. int.* 1990, pp. 393 *et seq.* y nota de H. Gaudemet–Tallon).

<sup>&</sup>lt;sup>475</sup> K. Siehr, "Diritto internazionale privato e diritto costituzionale", *II Foro italiano*, vol. XCVIII, 1975, pp. 7–16.

<sup>&</sup>lt;sup>476</sup> R. Quadri, "Controllo sulla legittimá costituzionale delle norme straniere", *Dir. int.*, vol. XIII, 1959, pp. 31–35; F. Mosconi, "Norme Straniere e controllo di costitucionalitá e di legittimitá e di legittimitá internazionale", *Dir. int.*, vol. XIV, 1960, pp. 426–439; T. Ballarino, *Costituzione e Diritío internazionale privato*, Pádua, Cedam, 1974; K. Lipstein, "Proof of Foreign Law: Scrutiny of its Constitutionality and Validity", *British. Yearb. Int'l L.*, vol. 42, 1967, pp. 265–270.

produciendo toda su eficacia jurídica y vincula al juez del foro<sup>477</sup>. No obstante, en ciertos sistemas constitucionales esta solución no es tan clara otorgándose un cierto grado de invalidez a la norma afectada; en este caso el juez del foro deberá tomar en consideración la jurisprudencia extranjera al respecto y obrar en consecuencia.

- **381.** El párrafo 1 *in fine* del precepto establece el protagonismo de las partes en la alegación y prueba del Derecho extranjero al insertar la posibilidad de que éstas "puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". Opta pues por dejar al juez un papel limitado (*vid. supra*, **art. 63.2°**) en el conocimiento del Derecho extranjero, lo que implica, de un lado, una nota dispositiva, esto es, el impulso corresponde a las partes y su acción condiciona la mecánica posterior del proceso y, de otro lado, que la determinación concreta de la normatividad extranjera, así como su prueba, se practican a través de una colaboración entre el Juez y las partes. Resumiendo, se impone al juez la obligación de determinar o verificar de oficio el contenido del Derecho extranjero (**art. 63.1°**), admitiéndose la posible colaboración de las partes, bien en virtud de su propia iniciativa, bien a solicitud del juez.
- **382.** La segunda parte del párrafo 2 del precepto que se comenta hace referencia al denominado "conflicto internacional transitorio", esto es, el problema derivado de la modificación en el tiempo de las normas materiales del Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto del foro<sup>478</sup>. Se han señalado dos vías para solucionar los conflictos internacionales transitorios
- i) Una primera consistiría en aplicar los principios de Derecho transitorio de la *lex fori*, al considerar que sólo las normas materiales extranjeras tienen carácter extranjero por razón de su origen. Semejante solución no resulta de recibo por implicar una desnaturalización del ordenamiento reclamado por la norma de conflicto del foro.
- ii) Por ello debe optarse, como lo ha hecho la norma que se comenta, por la aplicación de las disposiciones transitorias del Derecho extranjero. No cabe duda de que este último es un recurso más acorde con el "principio de integridad" del Derecho material extranjero y con el papel limitado atribuido a la norma de conflicto del foro, cuya función concluye en la designación del Derecho extranjero reclamado, siendo éste (la *lex causae*) el encargado de concretar la norma material que ha de aplicarse al supuesto.

Ahora bien, la aplicación de las normas de Derecho transitorio de la *lex causae*, admitida como principio general, cederá en favor de la aplicación de los criterios transitorios de la *lex fori* cuando sea materialmente imposible determinar el contenido de las disposiciones transitorias de la ley extranjera, o bien cuando sean sus-

<sup>&</sup>lt;sup>477</sup> S.M. Carbone, "Sul controllo di costituzionalitá della norma straniera richiamata", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. I, 1965, pp. 685–696, esp. pp. 690–691.

<sup>&</sup>lt;sup>478</sup> P. Graulich, v°, "Conflit de lois dans le temps", *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, vol. I, Paris, 1968, pp. 504–516.

ceptibles de contrariar el orden público internacional del foro. Esta última posibilidad es particularmente factible si el legislador extranjero ha puesto en vigor normas materiales imperativas o disposiciones de carácter retroactivo, susceptibles de lesionar determinados derechos individuales o principios jurídicos sólidamente asentados en la *lex fori*, esto es, con valor de orden público.

Otra circunstancia que, con carácter general, puede dar lugar a una excepción al principio de aplicación de las disposiciones transitorias de la *lex causae*, radica en la movilidad de la situación de hecho, en la desvinculación del supuesto en un momento dado respecto del Derecho extranjero, hecho éste que puede justificar la inaplicación de las disposiciones posteriores de la *lex causae*, aunque así lo determinen sus normas de Derecho transitorio.

Una última excepción de carácter especial y de singular importancia tiene lugar en materia de obligaciones contractuales. A través de las denominadas "incorporaciones por referencia", y debido a motivos económicos, de conveniencia o de mayor grado de desarrollo de determinados ordenamientos, las partes contratantes pueden incluir en el contrato una remisión a determinadas normas de un ordenamiento estatal o de un Convenio internacional, tal y como rigen en un momento determinado. De esta forma, incorporan dicha reglamentación "por referencia", como si su texto fuese letra escrita por los propios contratantes. En estos casos, la modificación del Derecho extranjero o, en su caso, del régimen convencional, carece de eficacia alguna, puesto que las partes no proceden a designar la ley aplicable al contrato, sino a "copiar" las normas extranjeras o convencionales existentes en un momento dado, como un simple acuerdo de voluntades entre ellas. Dicho acuerdo que reflejan las incorporaciones por referencia sólo perderá validez, como cualquier otro pacto, si es contrario a la ley que rige el contrato.

Art. 65. Derecho público extranjero. La ley extranjera reclamada por la norma de conflicto se aplica aunque esté contenida en una disposición de Derecho público.

**383.** Aunque desde perspectivas muy dispares en el DIPr clásico se ha negado sistemáticamente cualquier intervención del Derecho público en todos sus sectores, incluido el relativo al Derecho aplicable. Semejante construcción descansaba en tres argumentos principales. En primer lugar, en que la naturaleza jurídico—privada de las cuestiones objeto de regulación por el DIPr no permitía dar entrada en el foro al Derecho público extranjero, pues, en caso contrario, la soberanía estatal podría quedar seriamente afectada. En segundo lugar, en la naturaleza rigurosamente territorial de este bloque normativo que conducía a que únicamente podía ser aplicado por los tribunales del Estado en que se había originado. Por último, en consideraciones de orden público<sup>479</sup>. A partir de estas construcciones se aseveraba que el

<sup>&</sup>lt;sup>479</sup> Todo ello sin olvidar el planteamiento original planteamiento del jurista sueco T. Gihl, a partir de las que él denominaba "leyes políticas" que, como tales, no tenían a su juicio aplicación en el

DIPr no se refería a todos los conflictos de leyes internacionales en el espacio, sino exclusivamente a aquellos que surgían entre disposiciones de Derecho privado por lo que una fuerte corriente doctrinal, avalada por numerosos fallos judiciales, procedió a excluir las normas de Derecho público.

La evolución doctrinal desde estas posiciones tradicionales ha sido larga y accidentada. Desde la justificación de una "tímida" acogida del Derecho público extranjero<sup>480</sup>, hasta la admisión más rotunda<sup>481</sup>, los resultados de la investigación científica en los últimos años han tratado de dar respuesta a un fenómeno característico de la sociedad contemporánea: el intervencionismo del Estado especialmente en la vida económica<sup>482</sup>. Y, lo que es más importante, la polémica doctrinal no ha sido estéril, sino que ha encontrado una importante proyección en la práctica<sup>483</sup>. En la actualidad, la posición favorable a la aplicación de las normas materiales extranjeras de Derecho público es unánime en la doctrina salvo alguna posición aislada<sup>484</sup>, se encuentra plasmada en Resolución del Instituto de Derecho Internacional de Wiesbaden de 1975<sup>485</sup> y se incluye en el art. 6.1° de la Ley DIPr polaca. Aunque es preciso matizar que tras la apariencia de ciertos problemas de Derecho aplicable que parecen involucrar normas extranjeras de Derecho público, se esconde a menudo un problema diferente: el reconocimiento en el foro de los actos públicos extranjeros, desplazándose el eje de la cuestión del sector de la ley aplicable al sector del reconocimiento de actos.

**384.** La distinción entre Derecho público y Derecho privado, en el ámbito del Derecho interno, se ha vuelto borrosa y carente, en gran parte, de la utilidad que ha

foro (cf. "Lois politiques et droit international privé", Recueil des Cours, t. 83 (1953-II), pp. 163-254.

<sup>&</sup>lt;sup>480</sup> P. Fedozzi, "De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public", *Recueil des Cours*, t. 27 (1929–II), pp. 149 *et seq.*; C. Freyria, "La notion de conflit de lois en droit public", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1962–1964), Paris, Dalloz, 1965, pp. 103–119.

<sup>&</sup>lt;sup>481</sup> R. Quadri, "Leggi politiche e diritto internazionale privato", *Studi Critici*, vol. II, Milan, Giuffrè, 1958, pp. 363 *et seq.*; P. Lalive, "Sur l'application du droit public étranger", *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXVII, 1971, pp. 103–142; *id.*, "Le droit public étranger et le droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1973–1975), Paris, Dalloz, 1977, pp. 215–245

<sup>&</sup>lt;sup>482</sup> A. Tuobiana, Le domaine du droit du contrat en droit international privé, Paris, Dalloz, 1972.

<sup>&</sup>lt;sup>483</sup> Como pusiera de relieve la Sent. del Tribunal Federal suizo de 2 febrero 1954 (*Ammon c. Royal Dutch, Ann. Suisse dr. int.*, vol. XII, 1955, p. 279 et seq.), refiriéndose al postulado tradicional de la inaplicabilidad del Derecho público extranjero, "el alcance de este principio debe ser precisado, pues, enunciado de una forma tan general, no tiene suficientemente en cuenta el hecho de que el orden jurídico de un Estado es un todo, por lo que es necesario, en particular, examinar su justificación interna". Este razonamiento encontraría eco en la Sent. del Tribunal Federal alemán de 17 diciembre 1958 (*Völlert, B.G.H.Z.*, 31, 367), pues, tras considerar infundada la tradicional negativa a aplicar todo el Derecho público, el Tribunal procedió a separar las disposiciones que lo integran según su finalidad; de acuerdo con dicha decisión, "la situación jurídica debe... ser apreciada de modo diferente si una restricción de Derecho público al poder de disponer sirve, no para armonizar intereses de Derecho privado dignos de protección, sino para realizar objetivos económicos o políticos del Estado que ha dictado las restricciones en cuestión. En este caso, la disposición de Derecho público, en razón de su objetivo diferente, no tiene ya una relación intrínseca con la obligación privada a que afecta".

<sup>&</sup>lt;sup>484</sup> M.C. Feuillade, "Aplicación del Derecho público extranjero", *Prudentia Iuris*, nº 73, 2012, pp. 83–115.

<sup>&</sup>lt;sup>485</sup>Institut de Droit International, Annuaire, Session de Wiesbaden, 1975, vol. 56, pp. 219–278.

tenido en tiempos pasados<sup>486</sup>. Si hoy dicha distinción sólo presenta un carácter instrumental, sería equivocado preservarla, e incluso intensificarla, en el DIPr Esta es la dirección tomada por la doctrina científica contemporánea y puesta de manifiesto en la referida Resolución del I.D.I. Conforme a dicha Resolución, es un hecho evidente que en el ámbito del Derecho comparado la distinción entre Derecho público y Derecho privado está teñida de la nota de relatividad y marcada por su carácter evolutivo, y es asimismo evidente la interpenetración constante de estas dos vertientes del Derecho, como consecuencia de los cambios sobrevenidos en los hechos y en las ideas por el intervencionismo del Estado, especialmente en la reglamentación y en la protección de los intereses de los individuos y en la gestión de la economía.

Resulta conveniente matizar, además, la afirmación tradicional de que el Derecho público tiene un carácter exclusivamente territorial pues la distinción entre Derecho público y Derecho privado ya no conserva valor práctico. No en vano al margen de la unidad del ordenamiento jurídico de cada Estado se produce cada vez en mayor medida una penetración recíproca de las normas de un grupo en las de otro. La realidad de las cosas demuestra, en efecto, que si el DIPr clásico negaba la posibilidad de aplicar Derecho público extranjero, ello ha obedecido a razones muy diversas, entre las que sin duda destaca el influjo de la estatutaria; hoy, la revisión se fundamenta en el creciente intervencionismo del Estado en materias tradicionalmente de Derecho privado. Pero esta no es la única justificación de la aplicación de las normas materiales extranjeras de Derecho público. En la actualidad, existe práctica unanimidad en afirmar que uno de los argumentos de esta apertura es, sin duda, la cooperación creciente entre los Estados en la consecución de los intereses del comercio internacional y el progresivo impacto del Derecho público sobre el Derecho privado<sup>487</sup>.

**385.** Las Convenciones de la CIDIP sobre Derecho aplicable están centradas en materia de Derecho privado, no obstante alguna de ellas establecen la posibilidad para la consideración de ciertas cuestiones propias de Derecho público, bien es verdad que desde la perspectiva del proceso<sup>488</sup>. En cualquier caso, de la lectura de la Convención CIDIP sobre normas generales de 1979 no puede inferirse que sus disposiciones estén redactadas exclusivamente para responder a cuestiones exclusi-

<sup>&</sup>lt;sup>486</sup> J.C. Fernández Rozas, *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, Oviedo, ed. Gráficas Valdés, 1985, p. 40.

<sup>&</sup>lt;sup>487</sup> L. Trigueros, "Notas sobre los problemas de relación entre Derecho internacional privado y Derecho público", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, nº 14, 1982, pp. 213–222.

<sup>&</sup>lt;sup>488</sup>*V.gr.* el art. 16 Convención CIDIP sobre exhortos y Cartas rogatorias 1975 establece que "Los Estados Partes en esta Convención podrán declarar que extiendan las normas de la misma a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso—administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial. Tales declaraciones se comunicarán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos". Y en idénticos términos se manifiesta el art. 15 de la Convención CIDIP sobre recepción de pruebas en el extranjero de 1975.

vas de Derecho privado<sup>489</sup>. Junto a esta realidad tampoco puede ignorarse que la cuestión que estamos examinando está expresamente regulada en ciertos sistemas estatales<sup>490</sup> y que figura, con la misma redacción que el precepto que se comenta, en el art. 61 del Proyecto de Ley DIPr de la República Dominicana de 2013.

**386.** Debe reiterarse que la aplicación de las normas extranjeras de Derecho público correspondientes a la ley designada por la norma de conflicto no plantea idénticos problemas a la aplicación del Derecho público extranjero en el reconocimiento de la eficacia de actos o decisiones creados o constituidos en el extranjero, cuestión ésta que excede al problema de la selección de la ley aplicable No cabe duda de que las normas materiales extranjeras de Derecho público son tomadas a menudo en consideración por el ordenamiento del foro en la selección de la ley aplicable. Así ocurre al determinar la nacionalidad extranjera que se erige como punto de conexión de una norma de conflicto. Para su determinación es necesario tener en cuenta el Derecho de la nacionalidad extranjera, que regula su atribución, adquisición, pérdida, etc. Al margen de este supuesto y de otros similares, la "publificación" del Derecho privado, especialmente en el sector de la contratación, plantea la posibilidad de aplicar las leyes de policía económica del ordenamiento designado por la norma de conflicto, que, de no resultar aplicadas, reducirían al absurdo la determinación de la ley aplicable en la materia, infringiéndose en la mayoría de los casos el principio de aplicación integral del Derecho designado por la norma de conflicto o las reglas previstas para garantizar la seguridad del tráfico. Incluso es posible proceder a la aplicación de tales normas de policía económica pertenecientes a un tercer Estado, como prevé el art. 69 del Proyecto "Los tribunales caribeños pueden, si lo consideren pertinente, dar efecto a las disposiciones imperativas de otro Estado con el cual la relación jurídica tenga vínculos estrechos. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación".

En la práctica, la aplicación de las normas materiales extranjeras de Derecho público cobra importancia real en este sector patrimonial de la contratación internacional, sometido a cierto intervencionismo estatal. En este punto, el problema se centra en la aplicación de las disposiciones imperativas o normas de orden público económico del ordenamiento extranjero, problema que, en cuanto tal, es contemplado por el **art. 69** del Proyecto. Por otro lado, la aplicación de oficio del Derecho extranjero por parte del juez y la superación en la actualidad de la dificultad en el acceso a la ley extranjera que conducen a su plena aplicación requieren también la oficiosidad en el conocimiento del Derecho público extranjero<sup>491</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>489</sup> V.C. García Moreno y C. Belair M., "Aplicación del Derecho público extranjero por el juez nacional", *Octavo Seminario de Derecho Internacional Privado*, México, Unam, 1989, pp. 91–102, esp. 101.

<sup>&</sup>lt;sup>490</sup>De acuerdo al art. 13.2° Ley DIPr suiza de 1987 : "L'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public".

<sup>&</sup>lt;sup>491</sup> A. Bucher y A. Bonomi, *Droit international privé*, Basilea, ed. Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 119.

Art. 66. Adaptación. Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

**387.** La adaptación<sup>492</sup> ha sido durante muchas décadas exponente paradigmático de algunas insuficiencias del método conflictual<sup>493</sup> y, a la vez, demostrativo de cómo la flexibilidad de las técnicas de solución contribuye a una respuesta adecuada a la reglamentación de las relaciones privadas internacionales<sup>494</sup>. No en vano se ha llegado a afirmar que entre la técnica de la adaptación y la propia de las normas materiales de DIPr la distancia no es especialmente significativa<sup>495</sup>.

Sin duda la regulación más notoria de la adaptación se recoge en el art. 9 de la Convención CDIP sobre normas generales de DIPr de 1979. Esta disposición fue introducida a propuesta de la delegación venezolana en la CIDIP con una vocación de aproximación a los sistemas anglo–americanos, con el deseo de superar "imprevisibles desajustes para resolver los problemas de DIPr" y como "adecuada respuesta" a las críticas contra la utilización de reglas indirectas en este ordenamiento<sup>496</sup>. El tenor del referido art. 9, fue insertado con modificaciones de matiz, en el art. 14.IV CCDF<sup>497</sup> y en el art. 7 de la Ley DIPr venezolana de 1998 con la única matización de que esta última emplea el término "Derechos" en vez de "leyes". Pero al margen de esta coherencia del legislador interno de Venezuela, que está también presente, en el Anteproyecto mexicano de DIPr, debe resaltarse su favora-

<sup>&</sup>lt;sup>492</sup> CONC.: Art. 10 Código DIPr panameño; art. 12 Proyecto Código DIPr argentino ; art. 5.f Código modelo mexicano de DIPr; art. 62 Proyecto dominicano; art. 7 Proyecto boliviano; art. 11 Proyecto uruguayo.

<sup>&</sup>lt;sup>493</sup> Ph. Francescakis, *Le théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, pp. 52–53.

<sup>&</sup>lt;sup>494</sup> N. Bouza Vidal, *Problemas de adaptación en el Derecho internacional privado e interregio*nal, Madrid, Tecnos, 1977, p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>495</sup> A.E. von Overbeck, "Les règles de droit international privé matériel", *De conflictu legum. Essays presented to R.D. Kollewijn / J. Offerhaus*, Leiden, Sijthoff, 1962, pp. 362–379, esp. p. 364.

<sup>&</sup>lt;sup>496</sup> G. Parra Aranguren, "La Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)", *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, pp. 157–186, esp. p. 184.

esp. p. 184.

<sup>497</sup> Sobre el proceso de introducción de este precepto en el CCDF en la reforma del año 1988 y el papel que jugó la Academia Mexicana de Derecho Internacional de Derecho Internacional Privado vid. el estudio de J.A. Vargas, "Conflictos de leyes en México: las nuevas normas introducidas por las reformas de 1988" (traducción de publicado en *The International Lawyer*, vol. 28, n° 3, 1994), *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 26, 1996pp. 619–656, esp. pp. 646–647; V.C. García Moreno, "Reforma de 1988 a la legislación mexicana en materia de Derecho internacional privado", *Libro homenaje a Haroldo Valladão. Temas de Derecho internacional privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 187–212, esp. pp. 197–198.

ble acogida en los otros ocho países latinoamericanos partes de la Convención: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay<sup>498</sup>. De acuerdo con el referido art. 9,

"Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto".

El tenor de dicho texto, que ha llegado a ser incluido entre los logros máximos del DIPr interamericano<sup>499</sup>, aconseja volver sobre una cuestión clásica de este ordenamiento, desde una perspectiva esencialmente eurocentrista originaria de la cuestión que tenga muy en cuenta los planteamientos doctrinales realizados en América latina, con el objeto de señalar las posibilidades que la norma en la ordenación del tráfico externo del área OHADAC.

388. El papel de la norma de conflicto concluye con la localización o determinación del Derecho extranjero aplicable. La solución del caso concreto, incluido el proceso de selección de las normas materiales del Derecho extranjero que han de ser aplicadas de acuerdo con las categorías de dicho ordenamiento, es una cuestión que no atañe al Derecho del foro, de la misma forma que ocurre en el supuesto de remisión a un Estado plurilegislativo. Por esta razón, en sentido estricto, los denominados "conflictos de calificaciones" sólo se producen en supuestos de inadaptación que conllevan la aplicación de varias normas de conflicto de foro que remiten a varios Derechos materiales. En estos supuestos, y particularmente cuando procede aplicar a un tiempo a una misma situación litigiosa la *lex fori* y un Derecho extranjero, cabe apreciar el juego decisivo de las categorías y de las normas de aplicación de la ley del Tribunal que conoce del asunto.

A diferencia de lo que acontece en la resolución de las relaciones puramente internas, en las que el ordenamiento jurídico de cada Estado asegura la coherencia de las instituciones, tal coherencia es mucho más compleja en las relaciones privadas internacionales, pese a la acción cada vez más relevante de las convenciones internacionales<sup>500</sup>.

La técnica conocida en el DIPr con la denominación de "ajuste" o "adaptación" responde, en efecto, al problema de la incompatibilidad de normas pertenecientes a diversas categorías, que deben ser aplicadas simultáneamente y conlleva

<sup>&</sup>lt;sup>498</sup> Art. 5.f Código modelo de Derecho internacional privado mexicano, dentro de un amplio tratamiento de los referidos problemas generales. *Vid.* L. Pereznieto Castro, "Anteproyecto de reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de Derecho internacional privado", *Revista Mexicana de Justicia*, vol. V, nº 1, 1987, pp. 168 *et seq.* REPÚBLICA DOMINICANA: el art. 62 del Anteproyecto de Ley DIPr de la República Dominicana de 2013 incluye un texto idéntico al del precepto comentado del Proyeto OHADAC.

<sup>&</sup>lt;sup>499</sup>W. Goldschmidt, "Un logro americano en el campo convencional del Derecho internacional privado", *El Derecho* (Buenos Aires), nº 4763, 24 de julio de 1979, p. 3, donde indica las ventajas del carácter amplio de la redacción del precepto.

<sup>&</sup>lt;sup>500</sup> J.C. Fernández Rozas, "Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 25, 2009, pp. 9–44.

una operación de integración de normas de Derecho extranjero en el foro, bien a través de una interpretación adecuada del Derecho material o merced a una adaptación de la norma de conflicto para que ésta conduzca a un Derecho material compenetrado, aunque ambas técnicas incorporen elementos comunes. Es una técnica que pese a su abundante tratamiento jurisprudencial no ha tenido un tratamiento muy extendido en las reglamentaciones de DIPr.

**389.** Bajo la rúbrica general de "técnicas de ajuste o adaptación" se engloban habitualmente recursos diversos que obedecen, a su vez, a problemas diversos, cuya delimitación ha desatado un debate conceptual bastante estéril. Conviene partir de la distinción entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de la "sustitución" o "transposición", de instituciones, asentados estos últimos en la "teoría de la equivalencia" que en DIPr es aplicable también al problema de la "cuestión preliminar"; esto es, cuando en la solución de la relación jurídica existe una cuestión preliminar regulada por una ley material diversa a la aplicable a la cuestión principal 502.

La sustitución y la transposición poseen un elemento común con la adaptación en sentido estricto: que aparecen por la aplicación parcial de leyes materiales diferentes a un mismo supuesto del tráfico externo<sup>503</sup>. Pero hay una diferencia esencial en razón a su origen. En ellas la institución extranjera que se pretende tomar en consideración deberá, en todo caso, comportar consecuencias similares a la del foro tanto desde el punto de vista de su formación (unión homosexual, matrimonio poligámico...), como desde sus efectos: se trata de verificar si en el Derecho extranjero la relación considerada es susceptible de producir unas consecuencias similares que las que se solicitan ante el juez del foro. Como puede observarse comporta la aplicación de dos leyes de aplicación sucesiva. Por el contrario, la adaptación se produce entre normas materiales concurrentes y contemporáneas. Como es lógico la respuesta a esta cuestión es esencialmente casuística y está en función de las líneas jurisprudenciales seguidas en cada sistema particular de DIPr.

Se ha propuesto con razón que los supuestos concretos de transposición y sustitución sean tratados conjuntamente a partir de la referida noción de "equivalencia", cuya relevancia se proyecta también en otros sectores del DIPr con distinto contenido y alcance: centrada en el conflicto de leyes es aconsejable hablar de "equivalencia formal". En términos generales supone atribuir efectos en el foro a los con-

<sup>&</sup>lt;sup>501</sup>Vid. Ph. Malaurie, "L'équivalence en droit international privé", Recueil Dalloz, 1962, chronique, xxxvi, pp. 215–220. Vid. asimismo, M. Jorge, "La loi étrangère devant le juge du fond: Accord procédural et équivalence des lois", Études en l'honneur de Mme. Collaço, Coimbra, Almedina, vol. I, 2002, pp. 217 et seq.; H. Gaudemet–Tallon, "De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé", Le droit international privé: esprit et méthodes: mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Paris, Dolloz, 2005, pp. 303–325; C. Engel, "L'utilité du concept d'équivalence en droit international privé", Annales de Droit de Louvain, vol. 66, 2006, pp. 55–95.

<sup>&</sup>lt;sup>502</sup> E. Pecourt García, "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado", *Revista de Derecho Español y Americano*, nº 14, 1966, pp. 11–60, esp. p. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>503</sup> En la jurisprudencia mexicana resulta obligada la referencia a la vieja Sentencia SCJN 25 de julio de 1940, donde se sostuvo que la institución del *trust* anglosajón, aunque no era similar a la institución del fideicomiso regulado en México, presentaba un inequívoco grado de equivalencia (J.A. Silva, *Derecho internacional privado. Su recepción judicial en México*, México, Porrúa, 1999, p. 192 y pp. 548–549, donde se reproduce el texto de la decisión.

ceptos y categorías que, aun cuando difieren técnicamente respecto a otro ordenamiento jurídico, en ambos cumplen una función jurídica similar o equivalente respecto de las mismas instituciones<sup>504</sup>; comporta, pues, la presunción de que sobre el mismo tipo de cuestión jurídica las diversas respuestas contenidas por las leyes en presencia son igualmente aceptables desde el punto de vista de la justicia material y, por tanto, no existe obstáculo para su acogida por el ordenamiento jurídico del foro. Así concebida, la equivalencia fortalece el carácter "neutral" de la norma de conflicto, en el sentido de que la designación del Derecho aplicable se efectúa exclusivamente en función de los vínculos inherentes a la relación jurídica, y en vez eliminar el mecanismo conflictual, lo refuerza<sup>505</sup>. Esta solución puede considerarse válida pues la norma jurídica, en definitiva, está condicionada por una realidad social y la equivalencia pone precisamente de relieve lo que de común existe en esta realidad, en la esfera de distintos sistemas, no obstante la aparente contradicción entre los elementos de la construcción técnica del Derecho. La solución a las relaciones privadas internacionales no podría realizarse si cualquier efecto jurídico que las atañe únicamente pudiera regularse de conformidad conforme a los criterios jurídicos que rigen en el foro<sup>506</sup>.

**390.** Mayor complejidad ofrecen las soluciones para los supuestos de adaptación propiamente dichos. Tres son, en principio, las alternativas posibles utilizar el juez para resolver la eventual contradicción normativa existente entre dos sistemas jurídicos extranjeros:

i) Aplicación de la *lex civilis fori* para lo cual el juez elimina decididamente el desacuerdo de los ordenamientos jurídicos extranjeros. Semejante respuesta encuentra justificación en los sistemas conflictuales en un principio vinculado con la aplicación del Derecho extranjero en el foro que no es otro que, en caso de "imposible aplicación" de un sistema extranjero, el juez debe dar aplicación a la lex fori a título de la denominada "competencia residual"; y, por descontado, también encuentra justificación en los sistemas legeforistas<sup>507</sup>. A su lado se han ofrecido argumentos bastante convincentes que justifican la posición negativa a partir de una interpretación estricta de la función judicial en el DIPr. Se sostiene así que el juez no posee facultades para proceder a una eventual adaptación entre los sistemas materiales extranjeros declarados aplicables por las normas de conflicto del foro, ni, desde otra perspectiva, para dejar de aplicar una norma de conflicto del foro, en beneficio de otra, sometiendo al Derecho designado por esta última la totalidad de los problemas objeto de la decisión. Por consiguiente, habida cuenta de que la función judicial consiste en la aplicación del Derecho y no en su creación, el problema desborda el mandato del legislador contenido en las normas de su propio sistema de

<sup>&</sup>lt;sup>504</sup> En Francia, Sentencia de la *Cour de Cassation (1<sup>er</sup> ch. civ.)*, 13 de abril de 1999 (*Compagnie Royale belge*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 698 *et seq.* y nota B. Ancel y H. Muir–Watt; *Journ. dr. int.*, 2000, p. 315 *et seq.* y nota de B. Fauvarque–Cosson.

<sup>&</sup>lt;sup>505</sup>Cf. B. Ancel y H. Muir–Watt, nota citada, pp. 700–701.

<sup>&</sup>lt;sup>506</sup>Cf. A. Bucher y A. Bonomi, *Droit international privé*, 2ª ed., Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 146.

<sup>&</sup>lt;sup>507</sup> A.A. Ehrenzweig, *Private International Law*, I, 2<sup>a</sup> ed, Leyden, Sijhoff–Oceana, 1972, pp. 103–104.

DIPr, a menos que una norma expresa de dicho sistema atribuya al juez expresa facultad o mandato para realizar la operación de adaptación.

ii) Modificar la aplicación de las normas de conflicto del foro, prescindiendo de uno de los sistemas extranjeros de suerte que el juez someta el asunto en su conjunto en su totalidad a uno de ellos con exclusión del otro; *v.gr.*, optando por considerar que se trata de un problema de régimen económico matrimonial o que se trata de un problema estrictamente sucesorio. Más concretamente, el juez retiene una norma de conflicto y descarta la otra, optando por someter ambas cuestiones a un mismo ordenamiento, dando prevalencia a una de las normas de conflicto y asegurando, de esta forma, la coherencia de la regulación final. Pero en este punto la doctrina no es pacífica en orden a justificar la elección. Cierto sector da preferencia a la primera de las normas de conflicto que ha operado en el tiempo (en este caso la relativa al régimen económico matrimonial) o elegir exclusivamente a la norma de conflicto que remita al Derecho últimamente aplicable, pues es el problema actual que está ventilando el juez (la relativa al régimen sucesorio), siguiendo construcciones inherentes al conflicto móvil<sup>508</sup>.

iii) Modificar los Derechos materiales aplicables procediendo a una labor de adaptación a través de una aplicación parcial por el juez de cada uno de los sistemas en contradicción concediendo determinados efectos atribuidos por cada uno de ellos; *v.gr.* ante la contradicción cónyuge supérstite / sucesiones, atribuyendo los derechos propios del régimen económico de la familia por una ley o sistema extranjero y los derechos sucesorios de acuerdo al otro sistema, de manera que el resultado final sea el adecuado <sup>509</sup>. El juez puede, para evitar tales desajustes, buscar una solución *ad hoc*, compaginando los respectivos Derechos materiales en juego, a través, por ejemplo, de la compensación de los derechos percibidos a tenor de ambos ordenamientos.

Con el precepto que ahora se comenta, cuando se producen problemas de inadaptación, es factible modificar la norma de conflicto o de las normas materiales sucesiva o simultáneamente aplicables, para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional.

<sup>&</sup>lt;sup>508</sup> Ciertamente la Sentencia del Tribunal Supremo español 30 de junio de 1960 solucionó el problema suscitado en el caso *Tarabusi* recurriendo a la estratagema de que no se había probado el Derecho extranjero reclamado en materia sucesoria para aplicar las normas españolas sobre régimen económico matrimonial; pero aunque esta fue la *ratio decidendi* en todo el razonamiento del tribunal estaba la pretensión de incluir el conjunto de los problemas (régimen económico matrimonial y sucesiones) dentro de la norma de conflicto sobre sucesiones a título de ordenamiento últimamente aplicable. En el sistema español, esta vía es la seguida por el art. 9.8° *in fine* del Cc español tras su nueva redacción contenida en la Ley 11/1990 de 15 de octubre, al someter los derechos sucesorios del cónyuge supérstite a la misma ley que rige los efectos económicos del matrimonio. Esta solución no es compartida por la generalidad de la doctrina española acusándola de ser excesivamente rígida y no descender a los pormenores del caso concreto..

<sup>&</sup>lt;sup>509</sup>V.gr. en el caso *Tarabusi / Tarabusi* se atribuirían a la viuda derechos a título de régimen de bienes y a título sucesorio, entendiendo que el sistema aplicable durante el matrimonio fue el de gananciales.

Art. 67. Exclusión del reenvío. La ley extranjera designada por la norma de conflicto es su ley material, con exclusión del reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otro Derecho, incluido el caribeño.

**391.** Dentro de otras opciones que han jalonado la historia doctrinal del DIPr y que se han plasmado en los diversos sistemas estatales e insertado en numerosas Convenciones internacionales, el precepto opta por una solución radical<sup>510</sup>. Dicha solución determina que la remisión al Derecho extranjero se entiende realizada exclusivamente al Derecho material, con exclusión de las normas de conflicto del sistema extranjero. Este principio se contrapone a la técnica conocida como "reenvío" que implica una remisión por la norma de conflicto del foro a un Derecho extranjero y la consideración u observación de las normas de conflicto de dicho sistema extranjero. Si dichas normas remiten a la ley del foro, estaremos ante un supuesto de reenvío de retorno o de primer grado; si, al contrario, remite a una tercera ley, se trataría de un reenvío de segundo grado<sup>511</sup>. Ambas opciones quedarían excluidas del precepto.

La razón favorable al reenvío consiste en que se respeta el Derecho extranjero hasta tal punto, que el juez intenta resolver el caso como si fuera juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable tiene que resolver el asunto conforme a otro Derecho, preferentemente el propio, por la acción de esta institución. Para sus defensores se trata de un instrumento cuya misión es coadyuvar en la búsqueda de la legislación que ha de regular una determinada situación privada internacional, pero en muchos casos lejos de cumplir con esta misión, puede complicar la tarea de los jueces y dar lugar a soluciones imprevisibles e injustas.

No obstante nos hallamos ante una técnica formalista que apenas se justifica en la comodidad o interés de facilitar una aplicación preferente de la ley foro, aun cuando haya que traicionar el propio sentido de sus normas de conflicto (*vid supra*, **art. 64**). Si lo que se quiere es aplicar la *lex fori* resulta mucho más correcto utilizar otras técnicas, como *v.gr*. las contenidas en el **art. 69** y expresar sin ambages esta preferencia. Si ya la respuesta a la norma de conflicto del foro crea incertidumbre a la hora de la determinación de la ley sustantiva aplicable esa incertidumbre se multiplica tras la puesta en marcha de la la norma de conflicto extranjera. Y a ello puede agregarse que la norma de conflicto de leyes que pone en marcha el mecanismo del Derecho aplicable es una norma de conflicto del foro y no una norma de conflicto extranjera<sup>512</sup>. No puede extrañar que ya en 1900 una institución del prestigio del *Institut de Droit International* ya expresase en su sesión de Neuchâtel de 1900

<sup>&</sup>lt;sup>510</sup> CONC.: Art. 14 Ley DIPr suiza; art. 3080 (Cc Quebec); art. 13 Ley DIPr italiana; art. 6 Código DIPr panameño; art. 5 Ley DIPr austriaca; art. 10 Proyecto argentino; art. 63 Proyecto dominicano; art. 5 Proyecto boliviano; art. 12 Proyecto uruguayo; art. 6 Proyecto colombiano.

<sup>&</sup>lt;sup>511</sup> Un supuesto excepcional de reenvío de segundo grado se encuentra asimismo en el art. 21 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 en materia de protección de menores que obliga, dentro del área OHADAC únicamente a la Republica Dominicana.

<sup>&</sup>lt;sup>512</sup> R. Dávalos Fernández, "La aplicación del Derecho extranjero", *Revista Jurídica. Ministerio de Justicia*, La Habana, nº 12, julio / septiembre, p. 32.

que cuando la ley de un Estado regule un conflicto de leyes en materia de Derecho privado, es deseable que designe la disposición misma que debe ser aplicada en cada materia y no la disposición extranjera sobre el conflicto de que se trata.

392. En las modernas legislaciones de DIPr, señaladamente en el marco de la Unión Europea<sup>513</sup>, la exclusión es expresa como también lo es, en América latina, en la Convención CIDIP sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, cuyo art. 11 dispone que "Para los efectos de esta Convención se entenderá por "Derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes"<sup>514</sup>. En muchos textos convencionales es implícita la aplicación del Derecho material extranjero, con exclusión de las normas de DIPr, bien porque se refieren a la "ley interna", bien porque suelen prever que la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto previstas en el mismo "sólo podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público". A sensu contrario, no será posible inaplicar la ley designada por el Convenio en virtud de otros correctivos funcionales, tales como el reenvío. A mayor abundamiento la Convención CIDIP sobre normas generales de 1979 guarda silencio sobre la institución estudiada. Por último cabe apuntar que ya hay legislaciones nacionales que excluyen en reenvío. Tal es el caso del art. 2048 Cc peruano o del art. 16 del Código DIPr belga de 2004, "a reserva de disposiciones particulares tales como sucesiones inmobiliarias (art. 78.2°) o personas jurídicas (art. 110). La elimación de esta institución únicamente puede explicarse por el papel relevante que se ha conferido a la residencia habitual.

Ciertamente en muchos países de la zona OHADAC toda vía perdura la inclinación a incluir la técnica del reenvío pero más por inercias del pasado, muchas veces basadas en concepciones doctrinales periclitadas, que por otorgar una solución adecuada a las situaciones del tráfico externo, garantizando la seguridad jurídica<sup>515</sup>. Y

<sup>&</sup>lt;sup>513</sup> Esta opción se puso en marcha con en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, toda vez que este texto internacional excluyó cualquier posibilidad de reenvío al establecer su art. 15 que cuando sus normas prescriban "la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado". De igual modo han mantenido la exclusión el Reglamento Roma I para las obligaciones contractuales (art. 20), el Reglamento Roma II (art. 24) para las no contractuales, el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 12) y el Reglamento Roma III (art. 11) para la separación judicial y el divorcio. En contraste, y de forma más que discutible, el legislador europeo ha recuperado el reenvío en el art. 34 del Reglamento (UE) 650/2012 en materia de sucesiones.

<sup>&</sup>lt;sup>514</sup> Esta Convención está en vigor en México y en Venezuela.

<sup>515</sup> Curiosamente con anterioridad a la promulgación del vigente Cc (Ley No. 59 de 1987), ni el Código Civil de 1889 ni el Código Bustamante incluían disposiciones en tal sentido. Dispone el art. 19 del Cc que "En caso de remisión a la ley extranjera que, a su vez, remita a la cubana, se aplica esta. Si la remisión es a la de otro Estado, el reenvío es admisible siempre que la aplicación de esa ley no constituya una violación de lo dispuesto en el art. 21. En este último caso, se aplica la ley cubana". De esta redacción se desprende que el sistema cubano admite con carácter general el reenvío de retorno a la ley cubana con una fórmula tajante "se aplicará" en ver de expresiones de mayor ambigüedad como "se tendrá en cuenta" (art. 12.2º Cc español). También se desprende que el legislador cubano no ha podido desprenderse de la fascinación casuística del reenvío de segundo grado, auténtica reliquia histórica, aunque la admisión de la ley extranjera en este caso no debe contrariar el orden público del foro. Según el art. 4 Ley DIPr venezolana "Cuando el Derecho extranjero com-

en este punto no está de más recordar que el Código de Bustamante no reguló la institución<sup>516</sup> que ahora también se excluye.

Art. 68. Orden público. 1. No se aplica la ley extranjera si sus efectos son manifiestamente incompatibles con el orden público internacional. Dicha incompatibilidad se aprecia teniendo en cuenta la vinculación de la situación jurídica con el orden jurídico del foro y la gravedad del efecto que produciría la aplicación de semejante ley.

- 2. Admitida la incompatibilidad, se aplicará la ley señalada mediante otros criterios de conexión eventualmente previstos para la misma norma de conflicto y, si esto no es posible, se aplicará la ley caribeña.
- 3. A los efectos de los párrafos precedentes se entiende por orden público internacional el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico caribeño y que reflejan los valores de la sociedad en el momento de ser apreciado.
- 4. El orden público caribeño comprende las disposiciones o principios imperativos no derogables por la voluntad de las partes.
- **393.** La norma incluye en su párrafo 3 una definición de "orden público" en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales presente en el Estado del foro en el momento en que debe ser apreciado<sup>517</sup>.

Con esta redacción se hace referencia a la denominada dimensión "negativa" del orden público, en tanto que la "positiva" se contempla en el **art. 69** del Proyecto. Se trata de un "correctivo funcional" frente al Derecho reclamado por la norma de conflicto, en virtud del cual, se elude la aplicación dicho Derecho si se aprecia que "sus efectos son manifiestamente incompatibles con el orden público internacional".

petente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado. / Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho. /En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto".

<sup>&</sup>lt;sup>516</sup> Bustamante era, al parecer enemigo declarado de la institución. *Vid.* J. Navarrete, *El reenvío en el Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 123; G. Parra Arangure, "El reenvío en el Derecho internacional privado venezolano", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, nº 79, 1991, pp. 141–240, esp, pp. 144–145.

<sup>&</sup>lt;sup>517</sup> CONC.: Art. 7 Código DIPr panameño; art. 17 Ley DIPr suiza; art. 3081 (Cc Quebec); art. 16 Ley DIPr italiana; art. 21 Ley belga DIPr; art. 6 Ley DIPr austriaca; art. 7 Ley DIPr polaca; art. 12.3° Cc (España); art. 64 Proyecto venezolano; art. 14 Proyecto argentino; art. 6. b) Proyecto mexicano; art. 64 Proyecto dominicano; art. 11 Proyecto boliviano; art. 5 Proyecto uruguayo; art. 3 Proyecto colombiano.

Desde la perspectiva procesal, también podemos encontrar una dimensión negativa del orden público en el terreno del reconocimiento de decisiones y actos constituidos en el extranjero, impidiendo su eficacia en el foro cuando sean manifiestamente contrarios al mismo<sup>518</sup>. De conformidad con el **art. 74.1°, i)** del Proyecto, las resoluciones extranjeras no se reconocerán "si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público".

**394.** La noción de orden público no presenta un carácter unívoco en el propio sector del Derecho aplicable. Paralelamente a la distinción entre orden público interno (más amplio y operativo en las situaciones de tráfico interno) y orden público internacional (más reducido y de aplicación específica a las situaciones de tráfico externo) el grado de acción o intensidad de este correctivo presenta variaciones según la materia y el sector del Derecho considerado.

Esta distinción ha sido tradicional en el desarrollo doctrinal de la noción en la que orden público interno y orden público internacional se suelen representar como una figura de dos círculos concéntricos, correspondiendo el círculo interior al segundo, de suerte que la norma de orden público internacional se inserta dentro en el orden público interno pero no a la inversa. El espacio que se sitúa en la corona circular ofrece en el tráfico externo una nota de carácter dispositivo, en tanto que la autonomía de la voluntad en las situaciones de tráfico interno queda en el exterior de la circunferencia mayor. Frente a esta interpretación clásica se aboga en la actualidad por una división que tome como punto de referencia la inscripción del orden público internacional en un círculo que contenga una parte de Derecho material interno implica, en definitiva, su solapamiento con la noción de normas imperativas (art. 69); y, además, incurre en una imprecisión, por cuanto la expresión "orden público internacional" parece indicar una realidad enraizada en exigencias de la comunidad internacional y no el marco del "orden público interno".

El ejemplo gráfico de los círculos concéntricos es operativo desde un doble punto de vista. En primer término, porque nada impide que en el círculo referido al orden público internacional se contengan principios de imperatividad absoluta extraídos bien de las disposiciones materiales internas o bien de los textos convencionales internacionales de aplicación en el foro. En segundo término, porque los principios que se sitúan en la corona circular pueden distinguirse, a su vez, tanto de las normas imperativas propias del DIPr como de la excepción de orden público internacional que se inscribe en el primer círculo.

395. La finalidad de este precepto es establecer un límite o excepción que el juez o autoridad del foro deberán observar con carácter general, cualquiera que sea la norma de conflicto multilateral que haya determinado la remisión al ordenamiento extranjero y el sistema jurídico de otro Estado que, consiguientemente, era aplicable al caso. Límite o excepción que el precepto no enuncia con un carácter absoluto pues se abstiene de utilizar términos tajantes como "en ningún caso de aplicará", decantándose por la expresión "no se aplicará", lo que permite el juego del denominado "efecto atenuado del orden público". Esta solución, de

<sup>&</sup>lt;sup>518</sup> Nicaragua: Sentencia de 31 de octubre de 1977, *Boletín judicial*, p. 327.

amplio contenido en Europa<sup>519</sup>, está contenida en el 21 Cc cubano y el art. 15.II Cc para el Distrito federal de México<sup>520</sup>. También Venezuela se inclina por una posición restrictiva al apuntar el art. 8 de su Ley de DIPr de 1998 que serán excluidas las disposiciones del Derecho extranjero aplicable "cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano". Otros países del área OHADAC como Colombia, Nicaragua, la República Dominicana<sup>521</sup> o Panamá guardan silencio sobre esta institución.

El precepto se refiere a la fase final del proceso de aplicación de la norma de conflicto, una vez que ésta se ha remitido a un ordenamiento extranjero. Y contiene la respuesta jurídica a una cuestión específica que puede suscitarse en ese momento ante el juez o autoridad caribeña: la eventual contradicción de lo dispuesto por dicho ordenamiento con el "orden público" del foro. Respuesta que consiste, en esencia, en la no aplicación la ley extranjera que, en otro caso, debía servir de fundamento para decidir sobre las pretensiones de las partes.

**396.** Desde esta especial perspectiva, que presupone la puesta en marcha del método de atribución, el orden público ofrece en el DIPr de cada sistema estatal las siguientes *características*:

i) *Excepcionalidad*. La ley extranjera reclamada ha de implicar una contradicción "manifiesta" con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente una mera referencia de contenido. Por esa razón el precepto que se comenta incluye la expresión "manifiestamente incompatible" siguiendo el modelo de los Convenios de DIPr emanados de la Conferencia de La Haya<sup>522</sup> y de la CIDIP<sup>523</sup> que incorporan esta cláusula para mitigar el rigor de la norma. En definitiva, la ley extranjera ha de implicar una contradicción "manifiesta" con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente, como se ha indicado, una mera diferencia de contenido.

<sup>&</sup>lt;sup>519</sup> J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, "Art. 12.3°", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 894–926.

<sup>&</sup>lt;sup>520</sup>En el art. 6.b) del Proyecto de Código Modelo de Derecho internacional privado se dispone que no se aplicará el Derecho extranjero "Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano. No obstante, podrá reconocerse atenuadamente en la medida en que produzca el reconocimiento de derechos sobre alimentos o sucesiones".: Art. 21 Cc de Cuba: "La ley extranjera no se aplica en la medida en que sus efectos sean contrarios a los principios del régimen político, social y económico de la República de Cuba".

<sup>&</sup>lt;sup>521</sup>El art. 64 del Proyecto dominicano incluye una redacción idéntica al precepto que se comenta.

<sup>&</sup>lt;sup>522</sup>V.gr., art. 11.1° de la Convención de La Haya de 2 de octubre de 1973 dispone que "La aplicación de la ley designada por el Convenio sólo podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público".

<sup>&</sup>lt;sup>523</sup> Según el art. 5 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado de 1979, "La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público". Dentro del área OHADAC la Convención ha sido suscrita por Colombia, México y Venezuela.

- ii) *Territorialidad*. El orden público se caracteriza por la territorialidad; es decir, el rechazo del Derecho extranjero opera únicamente respecto al orden público del foro. Este es un punto de diferencia notable respecto de la dimensión positiva del orden público, en el sentido de permitir la aplicación de normas imperativas de la *lex causae* o incluso de las pertenecientes a un tercer ordenamiento.
- iii) *Relatividad*. El orden público está impregnado de una nota de relatividad, que se manifiesta tanto en el tiempo, como en el espacio. Este último supuesto implica que la intervención del orden público depende en gran medida de la proximidad de la relación jurídica debatida con el foro; a mayor conexión, mayores posibilidades de actuación del orden público.
- iv) *Temporalidad*. Por lo que respecta a la incidencia del factor tiempo en la configuración del orden público, la solución unánime es la de su apreciación por el juez en el momento presente; esto es, debe estarse a la "actualidad" del orden público<sup>524</sup>.
- **397.** La referencia a la "ley extranjera" se define negativamente, por contraposición al ordenamiento del foro. De manera que la "ley extranjera", en cuanto noción jurídica general,
- i) Comprende todas aquellas normas que no forman parte del referido ordenamiento del foro. El precepto alude al ordenamiento de un Estado extranjero, ya se trate del sistema jurídicamente unificado o el de un Estado en el que "coexisten diferentes sistemas legislativos" (vid. infra. art. 70 del Proyecto) lo que excluye, es obvio, tanto las normas del Derecho internacional público, creadas por el consenso de los Estados, como, en principio, las de la llamada lex mercatoria, nacidas de usos y prácticas de los particulares en el comercio internacional.
- ii) Resulta indiferente el rango de la ley extranjera –norma constitucional, ley ordinaria o norma infralegal– así como su naturaleza civil, mercantil, etc. Y, aunque el precepto se refiere a "la ley" extranjera y parece presuponer una norma escrita, su alcance real es más amplio, pues no cabe desconocer que en ciertos sistemas jurídicos la regulación de muchas materias es obra del Derecho consuetudinario y, en otros, el Derecho legal coexiste con un Derecho de creación judicial.
- iii) Puede contemplarse desde una perspectiva más particular pues dentro de cualquier ordenamiento extranjero cabe distinguir dos grupos de normas: las normas de DIPr, con su función propia para la regulación de los conflictos de leyes ("normas de conflicto") y, de otra parte, el grupo más extenso que comprende las restantes normas, de carácter material, civiles, mercantiles, etc., sin perjuicio de poder incluir también las normas procesales, pese a que se las califique de ordinario como adjetivas. De estos dos grupos, es el segundo el contemplado en el precepto y, por consiguiente, se refiere en particular, a la ley "material" extranjera.

<sup>&</sup>lt;sup>524</sup>Vid. M. de Ángulo Rodríguez, "Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, pp. 369–399.

Esto es, a aquellas normas que en el sistema extranjero regulan sustantivamente la materia incluida en el supuesto de la norma de conflicto del foro –sucesiones, divorcio, donaciones, etcétera– con exclusión de las normas de DIPr de dicho sistema (*vid. infra*, **art. 67** del Proyecto).

- iv) Ofrece un aspecto complementario pues la consecuencia negativa prevista en el precepto, sólo opera si el juez o autoridad caribeña ha constatado la existencia de una contradicción —cuyo alcance luego se precisará— entre la ley material extranjera y el orden público del foro. Lo que implica necesariamente no sólo que con anterioridad se ha determinado que un concreto ordenamiento extranjero es aplicable para resolver el caso, sino también que se ha establecido suficientemente, de conformidad con lo dispuesto por el precepto, la vigencia, el contenido sustantivo y la interpretación de la ley material extranjera aplicable (*vid. supra*, **arts.** 63 y 64 del Proyecto). Pues sólo si el Tribunal o autoridad caribeña conoce suficientemente la ley extranjera podrá apreciar ulteriormente una eventual contradicción con el "orden público" del foro.
- **398.** El precepto comentado, se refiere a la eventual contradicción de la ley material extranjera con el orden público, noción que constituye un "concepto jurídico indeterminado" por lo que las dificultades para el intérprete surgen al tratar de delimitar en qué consista tal noción. La interpretación entraña, al menos, dos operaciones. En primer lugar, requiere precisar cuál es el significado del "orden público" en el ordenamiento del foro (i). En segundo término, es menester conocer cómo se lleva a cabo la apreciación de los dos elementos normativos en presencia, para establecer si la ley extranjera resulta o no contraria al "orden público" y, por tanto, procede su aplicación o inaplicación al caso (ii).
- i) El concepto de orden público. No es privativo de la norma que se comenta, pues el legislador lo emplea también en muchas otras normas del ordenamiento caribeño que pertenecen a sectores muy diferentes de nuestro ordenamiento jurídico. Y aun si nos limitamos a las normas de DIPr la conclusión que se alcanza es la misma, ya que en sus diferentes dimensiones existen normas que también se refieren al "orden público". Basta observar, en efecto, que si la misma expresión, el "orden público", es empleada ampliamente por los legisladores estatales, sobre todo en el sector de las normas administrativas. Aquí en concreto el concepto se vincula con la protección de una situación social concreta, imprescindible en cualquier comunidad estatal: el orden y la paz pública. Por lo que desde una dimensión negativa se alude a la prevención y sanción de aquellos actos o conductas susceptibles de alterar el orden público. Dimensión ésta que lógicamente también encontramos en el sector de las normas penales. Bajo este significado, el orden público expresa una particular situación de paz social y de seguridad en una comunidad estatal. Esta situación o estado de la sociedad es la que permite tanto el normal desarrollo de la convivencia y de las actividades humanas como el normal funcionamiento de las instituciones y el ejercicio de los derechos por los particulares. Mas si se tiene en cuenta que esta situación de paz social y de seguridad pública se considera un bien jurídico o un valor jurídico de especial importancia para el propio ordenamiento estatal, no debe sorprender que sea objeto de

especial protección por medio de normas administrativas y penales que previenen o sancionan aquellas conductas que puedan alterar o perturbar esta situación.

ii) Orden público en sentido normativo. Desde esta perspectiva el "orden público" constituye el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad. Si se quiere, el conjunto de concepciones fundamentales del Derecho que caracterizan, en un determinado momento histórico, a una comunidad estatal. Ahora bien, si estos valores jurídicos o concepciones fundamentales del Derecho constituyen los presupuestos que inspiran la totalidad del ordenamiento jurídico en una comunidad estatal, la consecuencia obligada es su carácter absolutamente obligatorio e inderogable para el propio ordenamiento. Y esta caracterización conduce a una consecuencia ulterior, no menos importante: en su significado normativo, el orden público no sólo posee una función positiva, como elemento inspirador de la totalidad del sistema. También, necesariamente, debe llevar a cabo una función excluyente o de signo negativo: la de impedir que tengan eficacia jurídica en la comunidad la costumbre o los usos y aquellos actos o negocios de los particulares, realizados en el ejercicio de su autonomía privada, que sean contrarios a dichos valores jurídicos fundamentales. Y paralelamente, la de impedir que puedan integrarse en el ordenamiento estatal y, por tanto, que puedan tener eficacia jurídica, las normas, decisiones o sentencias extranjeras -esto es, creadas fuera del propio ordenamiento- que sean incompatibles con los principios o valores del ordenamiento en el que han de integrarse.

**399.** El precepto que se comenta, como se ha dicho, presupone una remisión a la ley extranjera, declarada aplicable por una norma de conflicto multilateral del foro (de las contenidas en la Sección Primera, del Capítulo I del Título III del Proyecto) y su finalidad es excluir la aplicación de la ley extranjera que resulte contraria al orden público. Ello implica una función de signo negativo o excluyente que se justifica por la protección de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento del foro. Y precisamente por su significado negativo o excluyente, puede considerarse que constituye el cauce jurídico de depuración de cualquier normatividad extranjera que atente contra dichos valores fundamentales, esto es, un filtro o una válvula de seguridad frente al Derecho extranjero. Pero debe subrayarse que si este precepto produce un efecto principal, la "depuración" del Derecho extranjero, a la luz de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento del foro, asegurando así su integridad y su coherencia interna, también nos indica, en contrapartida, cuál es el efecto ulterior de esta exclusión. En concreto el su párrafo segundo dispone que admitida la incompatibilidad, "se aplicará la ley señalada mediante otros criterios de conexión eventualmente previstos para la misma norma de conflicto y, si esto no es posible, se aplicará la ley caribeña"525.

<sup>&</sup>lt;sup>525</sup>Vid. art. 16 Ley DIPr italiana de 1995 y los comentarios de B. Boschiero, en *Legge 31 maggio* 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1046–1062; vid. asimismo el art. 21.3° Código DIPr belga de 2004.

Art. 69. Disposiciones imperativas. 1. Las disposiciones del Capítulo I del presente Título no restringirán la aplicación de las normas cuya observancia Caribe considere esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación,.

2. Los tribunales caribeños pueden, si lo consideren pertinente, dar efecto a las disposiciones imperativas de otro Estado con el cual la relación jurídica tenga vínculos estrechos.

**400.** El denominado "aspecto positivo" del orden público se confunde con las denominados normas materiales imperativas, siendo utilizado, junto a otros argumentos (seguridad nacional, economía nacional, etc.) como fundamento del empleo de normas sustantivas nacionales a una situación de tráfico privado externo<sup>526</sup>. Son llamadas normas de orden público, en el sentido de normas de Derecho interno de aplicación necesaria cualesquiera que sean los elementos extranjeros que pudieran existir en el supuesto a regular, que se regulan de manera autónoma en el presente precepto referido en el párrafo 1º a las normas imperativas del foro<sup>527</sup> y en el párrafo 2º a las normas imperativas extranjeras<sup>528</sup>.

Aun operando exclusivamente en el ámbito del "conflicto de leyes" o de la determinación del Derecho aplicable a las situaciones de tráfico externo, cabe preguntarse cuáles son las relaciones de la cláusula general de orden público del art. 68 del Proyecto, con otras normas de un sistema estatal de DIPr que, por estar destinadas también a la protección de valores fundamentales del propio ordenamiento, son imperativamente aplicables a dichas situaciones por el juez del foro, cualquiera que sea la ley rectora del acto o contrato de los particulares. Esto es, las llamadas "normas de aplicación necesaria", "normas de aplicación inmediata" o "normas materiales imperativas". Dentro de las distintas dimensiones que el orden público ofrece en el DIPr, debe hacerse referencia ahora a dos muy concretas: de un lado, su empleo, junto con otros argumentos (seguridad nacional, economía nacional, etc.), como fundamento de la aplicación de normas sustantivas nacionales a una relación del tráfico externo; de otro, y más comúnmente, la noción de orden público se utiliza como correctivo funcional del método de atribución (art. 68 del Proyecto). Sin embargo esta distinción que parece tan clara, no lo es en la jurisprudencia estatal por lo que se ha considerado conveniente incluir un artículo autónomo dedicado a la primera de estas dimensiones

<sup>&</sup>lt;sup>526</sup> CONC.: Arts. 18 y 19 Ley DIPr suiza; art. 3079 (Cc Quebec); art. 17 Ley DIPr italiana; art. 20 Ley belga DIPr; art. 8.2° Ley DIPr polaca; art. 15 Proyecto argentino; art. 13 Proyecto boliviano; art. 6 Proyecto uruguayo.

<sup>&</sup>lt;sup>527</sup>Vid. art. 17 Ley DIPr italiana de 1995 y los comentarios de N. Boschiero, en *Legge 31 maggio* 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1062–1072.

<sup>&</sup>lt;sup>528</sup> En un sentido similar se decantan los arts. 18 y 19 Ley DIPr suiza de 1987. *Vid.* B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2ª ed, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1997, pp. 36–50. *Vid.*, asimismo, el art. 20 Código DIPr belga de 2004.

Bien entendido que la cláusula general del **art.** 68 opera únicamente una vez que se ha efectuado la remisión al Derecho extranjero de conformidad con lo dispuesto por una norma de conflicto multilateral caribeña. De manera que la norma que incluye esta cláusula general se vincula, exclusivamente, con dichas normas de conflicto multilaterales; estimándose por la doctrina que la intervención del "orden público" es un posible correctivo del "funcionamiento" de aquéllas dentro del proceso de aplicación por el juez o autoridad del foro. En cambio, las normas materiales imperativas para las situaciones de tráfico externo previstas en casa sistema estatal de DIPr deberán ser directamente aplicadas por el juez de dicho sistema, cualquiera que sea el ordenamiento que rija la situación; y, por tanto, con independencia de la ley designada por una norma de conflicto multilateral.

**401.** A partir de las corrientes centradas en el denominado "pluralismo metodológico", en los últimos años se ha insistido en la revitalización del papel del foro y en las insuficiencias de método conflictual. Es evidente que en la hora actual, la protección del "orden interno" es uno de los deberes que los Estados deben cumplir con carácter prioritario, incluso en propio bien del "orden internacional" y no puede desconocerse que en todos los sistemas estatales y, muy concretamente, en el sector relacionado con el Derecho de la familia o en el de la contratación existen cierto tipo de normas que se imponen con independencia de una eventual ley nacional o de la ley designada por las partes.

Este tipo de normas son calificadas por la doctrina con la expresión "normas materiales imperativas" o, más extensamente, "normas materiales imperativamente aplicables al tráfico externo". Dicho concepto constituye una noción omnicomprensiva, que afecta o se refiere por igual a disposiciones de Derecho privado y de marcado carácter público, y que refleja, más que el propio contenido o función de la norma, su efecto o alcance: la elusión de la norma de conflicto.

Nos hallamos ante una serie de disposiciones de la ley del foro, tanto de Derecho público como de Derecho privado, cuyo interés para la sociedad estatal es demasiado relevante para que puedan entrar en concurrencia con las leyes extranjeras. Su ámbito de aplicación se determina, en consecuencia, teniendo en cuenta, fundamentalmente, el fin que persiguen, y su aplicación se suele calificar de "inmediata" o de "necesaria", porque operan, en principio, al margen del procedimiento de atribución. Lo que importa en estas normas no es el grado de permisividad o de prohibición que contienen, sino el elemento de organización estatal que reflejan; dicha organización debe quedar seriamente afectada en virtud del intrusismo de la ley extranjera y ello justifica que su aplicación sea "normal", es decir, que no presenta como una excepción a la aplicación de las normas extranjeras<sup>530</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>529</sup>Vid. P. Francescakis, "Quelques précisions sur des lois d'application inmediate et ses rélations avec les règles des conflits des lois", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1–18; *id.*, "Lois d'application inmediate et règles de conflit", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1967, pp. 691–698.

<sup>&</sup>lt;sup>530</sup> P.A. De Miguel Asensio, "Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales", *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857–2882.

- **402.** En atención a tales circunstancias, es preciso delimitar las especies o subespecies que se inducen del conjunto de normas materiales del foro imperativamente aplicables a supuestos de tráfico externo<sup>531</sup>:
- i) En primer lugar, cabe hacer referencia a las llamadas "leyes de policía y seguridad" y "leyes de orden público" que responden a la necesidad de un tratamiento uniforme tanto de las situaciones internas como internacionales conectadas con el territorio del foro. La imperatividad de estas normas se sustenta en la satisfacción de intereses colectivos que explican el carácter de Derecho público de las disposiciones calificadas como tales: Derecho penal, Derecho procesal, Derecho económico, etc. El creciente intervencionismo del Estado en materias tradicionalmente sujetas al Derecho privado por su vinculación con la protección de intereses individuales ha dado lugar a una extensión funcional del ámbito de acción de las leyes de policía, cuyo paradigma es el amplio campo de actuación que ofrece en nuestros días el denominado "orden público económico". Ello hace que, en sectores tan variados como ciertas condiciones de contratación laboral o el Derecho de la competencia, las normas de orden público sean disposiciones comunitarias, cuya finalidad radica en un interés intracomunitario.
- ii) En segundo lugar, no todas las normas materiales imperativas gozan del mismo grado de imperatividad. Su fuerza, determinante de su aplicación directa, depende del grado de conexión del supuesto con el foro. Si la vinculación del supuesto con el territorio caribeño es mínima, de forma que la aplicación eventual de una ley extranjera no es susceptible de hacer peligrar el interés público que sustenta la norma material del foro, ésta carece de vocación para ser aplicada a los supuestos de tráfico externo o, en otros términos, una interpretación teleológica de la norma conduce a su inaplicación. Ahora bien, esta exigencia de vinculación con el foro no es extensible a toda norma material imperativa. Actúa con normalidad frente a las normas de policía u orden público económico. Es absurdo pretender aplicar las normas de protección del mercado caribeño (precios máximos, reglas de competencia, protección de la propiedad industrial) a supuestos internacionales que no producen efectos en el mercado caribeño. Sin embargo, podemos decir que existen normas materiales imperativas absolutas, esto es, cuya aplicación no puede hacerse depender del grado de vinculación del supuesto con el foro. Se trata de aquellas normas que garantizan el respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Un juez caribeño no puede dictar una decisión basándose en disposiciones contrarias a la igualdad de sexos, la libertad religiosa o la protección del menor, por poner sólo tres ejemplos.
- iii) Por último, es de destacar la distinción entre normas materiales absoluta y relativamente imperativas. La imperatividad de estas últimas radica en la obtención de un resultado material favorable a determinadas personas o situaciones (consumidores, trabajadores, menores...). Su aplicación sólo se justifica, entonces, si la

<sup>&</sup>lt;sup>531</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, pp. 134–136.

ley extranjera que designa la norma de conflicto no resulta tanto o más favorable que la ley caribeña a la consecución de dicho objetivo.

**403.** El intervencionismo del Estado en materias tradicionalmente sujetas al Derecho privado por su vinculación con la protección de los intereses individuales ha dado lugar a una extensión funcional del ámbito de aplicación de las leyes de policía, circunstancia que ha contribuido a difuminar los perfiles de la distinción entre leyes de policía, normas materiales imperativas y orden público en sentido genérico.

En este contexto es menester referirse al denominado al "orden público económico", concepto que, desde un punto de vista positivo, caracteriza gran parte de las normas materiales imperativas. Este principio presenta una gran importancia cuantitativa y cualitativa que, en el marco internacional, se traduce con carácter general en un mecanismo de defensa de las condiciones de mercado nacional y de la economía nacional en su conjunto. El tenor del Derecho de la competencia, de las condiciones generales de contratación, del consumo o de las situaciones concúrsales en el Derecho interno, puede rellenar el contenido de esta noción, permitiendo la elusión del Derecho extranjero que admita determinadas prácticas, derechos o cláusulas contractuales que afecten a las condiciones del mercado del Estado del foro.

Por definición, el orden público económico requiere, para actuar, una determinada conexión espacial del supuesto con el ordenamiento del foro, pues no tendría sentido utilizarlo si la aplicación de la ley extranjera no produce efectos nocivos en el mercado interior.

**404.** El párrafo 1º del precepto contempla la aplicación de las normas imperativas de la *lex fori*. No puede desconocerse que las normas de intervención del foro suelen contener un criterio de aplicación espacial, más o menos expreso, que refleja una cierta autolimitación en su aplicación, reducida a los supuestos en que queden afectados los intereses del mercado o la política económica del Estado donde radica el tribunal juzgador. Por otra parte, las normas imperativas no son necesariamente normas de Derecho nacional pues pueden emanar de otros sistemas estatales o proceder de un mecanismo de integración económica regional en sectores como la libre competencia o las normas de protección (del asegurado, del trabajador, del consumidor frente a cláusulas abusivas, etc.), cuya consideración, habida cuenta de su ámbito de aplicación no solo es factible, sino obligatoria.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, el párrafo 2º del precepto que se comenta pretende obtener una decisión efectiva en otros Estados, atenuando el factor de relatividad que introduce la variedad de reglas contradictorias según el foro en que se litigue, respetando las exigencias y los intereses de los Estados y sus políticas de intervención en materia contractual. Su antecedente directo es el art. 11.2º de la Convención CIDIP sobre ley aplicable a los contratos internacionales de 1994 según el cual, "Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos".

Este párrafo tiene en cuenta ciertos supuestos normas reguladoras materiales de carácter directo o imperativo en terceros países (es decir, normas no pertenecientes

ni al foro ni a la ley del contrato designada por la norma de conflicto), en razón de la estrecha vinculación que tienen con la situación y la fuerza de su interés en hacerla efectiva. De este modo se consigue una solución uniforme, y por tanto efectiva, respetuosa de los intereses y objetivos de política legislativa que sean atendibles<sup>532</sup>.

La facultad de aplicación de las normas imperativas de tercer Estado debe tener en cuenta la naturaleza y objeto de tales disposiciones, así como las consecuencias previsibles de su aplicación o inaplicación. En la decisión de aplicar las normas imperativas de terceros Estados es fundamental identificar el valor de protección o interés público que subyace en la norma imperativa, pues solo cabe su aplicación cuando ese valor o finalidad sea reconocido como legítimo en el propio sistema jurídico del juez: protección del consumidor, de la libre competencia, del medio ambiente... En contrapartida, no es admisible la aplicación de normas de intervención que conculquen los valores expresados en el Derecho internacional económico o en el propio Derecho del foro, hecho que suele resultar relativamente habitual cuando se trata de normas de retorsión económica o que persiguen estrictamente la salvaguardia o protección económica del Estado al que pertenecen<sup>533</sup>. Más difícil resulta determinar en qué consisten las consecuencias de la aplicación que el juez debe ponderar. Ciertamente, las consecuencias sobre las partes contratantes no pueden tener una importancia absoluta, dado que la aplicación de dichas normas se fundamenta en un interés público que justifica el límite a la autonomía de la voluntad.

Art. 70. Ordenamientos jurídicos plurilegislativos. 1. Si en el ordenamiento del Estado designado por las disposiciones normativas de la presente ley coexisten más de un sistema normativo con competencia territorial o personal, la ley aplicable se determina según los criterios utilizados por aquel ordenamiento.

2. Si tales criterios no pueden ser individualizados, se aplica el sistema normativo con el cual el caso concreto presente el vínculo más estrecho.

**405.** Los Estados plurilegislativos se caracterizan por la existencia, dentro de su sistema jurídico, de una pluralidad de leyes o legislaciones susceptibles de regular una misma situación y de generar, en consecuencia, conflictos de leyes internos<sup>534</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>532</sup> La aplicación de las normas imperativas de terceros Estados se contempla, como facultad, en el Reglamento Roma I (art. 9), que sin embargo ha procedido a una restricción importante respecto de su predecesor, el Convenio de Roma, al circunscribir dicha aplicación a las leyes del país de ejecución, lo que deja fuera algunos supuestos relevantes que pueden requerir la aplicación, por ejemplo, de la ley del mercado afectado por una medida antimonopolio o la ley del país de origen de un bien cultural ilegalmente exportado. La restricción trataba de salvar la menesterosa situación del más generoso art. 7.1° del Convenio de Roma, que había sido objeto de reserva por Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Portugal y el Reino Unido. Se trataba, especialmente, de incluir al Reino Unido en el Reglamento Roma I.

<sup>&</sup>lt;sup>533</sup>V.gr., Ley Torricelli o Ley Helms Burton en EE UU.

<sup>&</sup>lt;sup>534</sup> CONC.: Art. 18 Ley DIPr italiana; art. 3077 (Cc Quebec); art. 9 Ley DIPr polaca; art. 12.5<sup>a</sup> Cc (España); art. 65 Proyecto dominicano; art. 9 Proyecto argentino; art. 7 Proyecto mexicano; art. 3Proyecto boliviano.

Dichos conflictos pueden producirse, en primer término, en el seno de Estados federales (EEUU, Australia, Canadá, México, Suiza, Yugoslavia, etc), pero también son propios de Estados unitarios con cierto grado de descentralización jurídica (Reino Unido o España). Asimismo, independientemente de la organización territorial del Estado, pueden existir sistemas plurilegislativos *ratione personae*, en virtud de las distintas legislaciones aplicables en razón de la cualidad religiosa, étnica o tribal del sujeto (Grecia, Argelia, Marruecos, Sudán, Egipto, Túnez, Indonesia, India, Pakistán, Siria, Irak, Jordania, Libia, Líbano, etc.). En todos estos casos, la remisión de una norma de conflicto del foro a la ley de un Estado plantea un problema de aplicación consistente en determinar, dentro de dicho Estado, qué Derecho material concreto, entre los distintos que coexisten, debe ser aplicado. Se trata del problema conocido como "remisión a un sistema plurilegislativo".

Este problema debe ser diferenciado no obstante, de la solución de los conflictos de leyes internos dentro del marco de las relaciones jurídicas que no desbordan las fronteras de un Estado, esto es, que no presentan un carácter internacional. El problema de la remisión a un sistema plurilegislativo se refiere únicamente al problema suscitado en caso de conflictos de leyes internacionales, en que la remisión de la norma de conflicto del foro designa la aplicación de la ley de un Estado plurilegislativo. Dicho problema, por tanto, así como su solución, no deben confundirse con los problemas y soluciones particulares de los conflictos de leyes internos y que operan al margen del problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, por más que su solución pueda ser circunstancialmente idéntica.

**406.** Las soluciones legales al problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, en particular en lo que se refiere a la opción por una determinada técnica legislativa, depende en buena medida del tipo de conflicto de que se trate. A estos efectos, se suele distinguir entre conflictos de leyes interterritoriales o interlocales y conflictos de leyes interpersonales. En los conflictos de leyes interlocales, la pluralidad de leyes se fundamenta en la descentralización jurídica del Estado por razones territoriales (Estados federales, unitarios pero descentralizados o que mantienen temporalmente una pluralidad jurídica motivada por un cambio o anexión territorial); en los conflictos de leyes personales, la pluralidad de leyes obedece a la presencia de distintos ordenamientos de base personal, en razón de la etnia, confesión religiosa o adscripción tribal del destinatario de la norma.

Otra clasificación de los supuestos de remisión a un sistema plurilegislativo distingue entre remisión *ad extra* o *ad intra*<sup>535</sup>. El primer caso constituye el supuesto habitual y abarca todos los supuestos en que la norma de conflicto remite a un sistema plurilegislativo, sea extranjero o el propio sistema del foro, siendo necesario determinar dentro de él el Derecho particular aplicable. El supuesto especial de la remisión *ad intra* se produce en virtud de una combinación del supuesto de la remisión a un sistema plurilegislativo y de la actuación del reenvío. Se trata del caso en que la norma de conflicto del foro remite a un Derecho extranjero, cuya norma de

<sup>&</sup>lt;sup>535</sup> M.P. Andrés Sáenz de Santa María, "El art. 12.5° del C.c. y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1978, pp. 72 et sea

conflicto determina la competencia del ordenamiento del foro, siendo éste último un sistema plurilegislativo.

- **407**. Las diversas soluciones que pueden darse a la remisión a un sistema plurilegislativo han sido analizadas por la doctrina utilizando una terminología muy variada<sup>536</sup>. Básicamente, se barajan dos sistemas para solucionar el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo.
- i) La remisión directa, permite utilizar las conexiones de la norma de conflicto para identificar directamente la legislación local aplicable al supuesto litigioso, presumiendo que la conexión designa directamente no la ley de un Estado, sino la ley del territorio concreto de ese Estado. Este sistema presenta dos límites. En primer lugar, sólo es operativo cuando se trata de conexiones de carácter territorial (lugar de situación de un bien o de celebración de un contrato, residencia o domicilio de las partes, etc), resultando inviable cuando la norma de conflicto contiene un punto de conexión estrictamente personal (*v.gr.*, el domicilio o la residencia habitual), que facilita la localización territorial del supuesto dentro del sistema plurilegislativo. En segundo lugar, aún cuando se trate de conexiones territoriales, el método de remisión directa es inapropiado en caso de remisión a un sistema plurilegislativo de base personal, en cuyo caso el mandato de aplicación de la ley local interna no es apropiado ni suficiente para resolver un conflicto de leyes interpersonal, cuyo origen no se encuentra enla necesidad de aplicar una ley distinta por razón del territorio, sino en la pluralidad de leyes motivada por la distinta cualidad del sujeto.
- ii) La remisión indirecta, por el contrario, prevé una solución mediata al problema de la remisión a un sistema plurilegislativo. Así, si la norma de conflicto remite a un Estado plurilegislativo, la legislación local o personal concreta que debe ser aplicada vendrá designada por las propias normas sobre conflictos internos de dicho Estado. La acotación de la ley aplicable, implica, en este sistema, una doble operación jurídica: en primer lugar, la designación por la norma de conflicto del foro de un Estado plurilegislativo; en segundo término, la consulta de las normas sobre conflictos internos en dicho Estado para hallar el Derecho material finalmente aplicable.
- **408.** Este último es el sistema seguido por el precepto que ahora se examina<sup>537</sup>. La remisión indirecta se presenta como una solución muy apropiada para resolver la remisión a un sistema plurilegislativo de base personal, así como para la remisión a un sistema plurilegislativo de base territorial operada a través de la conexión.

<sup>&</sup>lt;sup>536</sup> S.A. Sánchez Lorenzo, "Art. 12.5°", Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 943–973

<sup>&</sup>lt;sup>537</sup> Que reproduce el art. 18 Ley DIPr italiano de 1995. *Vid.* G. Conetti, en *Legge 31 maggio 1995*, *N. 218*, *Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato* (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1072–1975. Dicha redacción figura también en el art. 7 del Código modelo de Derecho internacional privado mexicano y el art. 65 del Anteproyecto de Ley DIPr de la República Dominicana de 2013. Vid. igualmente el art. 17 Código DIPr belga de 2004.

Para el caso de que en el Estado plurilegislativo no existan normas expresas sobre la solución de conflictos de leyes internos, en cuyo caso, se hace preciso cubrir la laguna a partir de conexiones subsidiarias y la solución que el precepto aporta, siguiendo las soluciones adoptadas en el Derecho comparado y en el Derecho convencional es utilizar una conexión de cierre con ánimo de generalidad, la aplicación de la ley que presente un vínculo más estrecho con el supuesto o las partes implicadas<sup>538</sup>.

El precepto establece un sistema de remisión indirecta de alcance general, con los inconvenientes ya señalados si el sistema plurilegislativo reclamado carezca de normas expresas para resolver los conflictos interlocales o interpersonales internos, o bien sus normas no puedan ser aplicadas por falta de prueba suficiente o por conducir a un resultado manifiestamente contrario al fin o resultado material perseguido por la norma de conflicto, cuando ésta se halla materialmente orientada. En tales casos, se impone arbitrar una solución subsidiaria. Debe descartarse, *a priori*, la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, al menos cuando sea posible, en virtud de la analogía, hallar una solución alternativa que respete tanto los criterios materiales del sistema conflictual del foro, como la aplicación integral del Derecho material extranjero.

Al operarse en el Proyecto la remisión a un sistema plurilegislativo de base territorial a partir de una conexión distinta a la nacionalidad, la solución en tales supuestos se nos antoja más sencilla, toda vez que el sistema de remisión indirecta puede ser sustituido perfectamente por un sistema de remisión directa, ya que las conexiones territoriales establecidas en nuestras normas de conflicto permitirían identificar inmediatamente la ley local aplicable dentro del sistema extranjero. En estos casos, la aplicación por analogía de las conexiones de nuestro sistema de forma directa parece la única razonable, o al menos más razonable que la alternativa de recurrir indiscriminadamente a la *lex fori*, ya que la conexión prevista en nuestras normas de conflicto se presume designan el Derecho que estimamos o más vinculado formalmente al caso por criterios de proximidad, o más apto para regularlo en virtud de un criterio material.

<sup>&</sup>lt;sup>538</sup> La remisión directa, como técnica para resolver el problema de la remisión a un sistema pluriglegislativo, se contempla en el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, y en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. El sistema de remisión directa es perfectamente apropiado a la naturaleza patrimonial de la materia regulada, dado que excluye la posibilidad de conflictos interpersonales, ciñéndose, obviamente, a la eventualidad de remisión a un sistema plurilegislativo de base territorial. La técnica de la remisión indirecta se utiliza, en contrapartida, en el art. 16 del convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, al prever que "cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, en materia de obligaciones alimenticias, tenga dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal – como pueden ser los supuestos en los que se hace referencia a la ley de la residencia habitual del acreedor o del deudor o a la ley nacional común –, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor de dicho Estado o, en su defecto, el sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados.

Art. 71. Derechos adquiridos. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en Caribe, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

**409.** Las cuestiones propias del Derecho aplicable se suscitan, por lo general, en el ámbito del nacimiento, ejercicio y extinción de los derechos, sin embargo, cuando nos situamos ante la cuestión de los derechos adquiridos la perspectiva cambia pues se suscita en una etapa ulterior planteándose, más que un problema de Derecho aplicable, uno relativo al ámbito de vigencia extraterritorial de dichos derechos, en concreto, a su eficacia en Estados distintos a donde dichos derechos se constituyeron<sup>539</sup>. La realización de la justicia en el ámbito del tráfico jurídico externo ha justificado tradicionalmente su reconocimiento siempre que concurran dos circunstancias: ley aplicable y eficacia extraterritorial. En primer lugar, que el derecho debe ser adquirido de acuerdo con la ley designada por la norma de conflicto del foro y, en segundo lugar, que dicho derecho se haya generado de conformidad con dicha ley<sup>540</sup>. Semejante reconocimiento encuentra, sin embargo, ciertas excepciones entre las que se señalan la inexistencia de la institución que ha producido tales derechos en el país en que se invocan y que éstos sean contrarios al orden público. Se apunta también como motivo de excepción, que los derechos se hayan adquirido en el extranjero en fraude a la ley, esto es, en fraude a la ley extranjera, lo que conduce de nuevo a la contrariedad de tal adquisición con el orden público del foro $^{541}$ .

La institución estudiada es relevante cuando se admite que un derecho puede ser adquirido válidamente conforme a una legislación distinta de la normalmente aplicable o bien, cuando la *lex fori* ha construido una norma de conflicto especial con el único propósito de facilitar el reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero; así concebida, puede ser utilizada como fundamento para admitir una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro. En otras palabras, la admisión de las situaciones jurídicas, una vez que han sido válidamente creadas en un Estado de acuerdo con sus las leyes se justifica en que los derechos así creados no deben ser disminuidos ni desconocidos por el hecho de que, en función del desplazamiento transnacional de dichas situaciones, éstas sean sometidas a un ordenamiento jurídico de un Estado distinto de aquel cuya legislación presidió su nacimiento. Con ello se pretende garantizar la continuidad de estas situaciones jurídicas en el espacio.

<sup>&</sup>lt;sup>539</sup> CONC.: Art. 13 Proyecto argentino; art. 9 Proyecto uruguayo.

<sup>&</sup>lt;sup>540</sup> H. Somerville Seen, *Uniformidad del derecho internacional privado convencional americano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, pp. 170 *et seq*.

<sup>&</sup>lt;sup>541</sup> A. Ferrer Correia, "La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales", *Multitudo legum ius unum: Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65*, vol. II, Berlín, Inter Recht, 1973, pp. 285–320

410. El elemento espacial que caracteriza la excepción de orden público se combina con el elemento temporal en el tratamiento de los derechos adquiridos. Teóricamente, las situaciones ya consolidadas al amparo de un sistema extranjero, fruto del efecto inmediato de dicho ordenamiento, no muestran la misma vulnerabilidad frente a la excepción de orden público (art. 68) de aquellas situaciones que, aún originadas bajo el imperio de la ley extranjera, continúan desplegando sus efectos al entrar en contacto con el foro. Las relaciones jurídicas que no presentan un carácter durable, es decir, que se consolidan en un lapso de tiempo determinado (transmisión de la propiedad, validez del acto de adopción, etcétera...) suelen eludir la excepción de orden público en base a razones de índole tanto técnica como funcional. Y esta elusión opera tanto desde una perspectiva formal, dado que al momento de consolidarse faltaba la conexión espacial con el foro, como desde un plano funcional, porque una solución distinta iría en contra de la mínima seguridad jurídica deseable en el orden internacional.

No debe olvidarse, sin embargo, que el presunto carácter retroactivo del orden público frente a los derechos adquiridos ha servido para articular por parte de la doctrina una solución al "conflicto móvil" favorable a la aplicación de la última ley. A este respecto el DIPr comparado ha ofrecido ejemplos históricos particularmente ilustrativos de una aplicación retroactiva del orden público en detrimento de los derechos adquiridos. Aun así resulta aconsejable evitar una aplicación del correctivo frente a aquellos derechos adquiridos al amparo de un ordenamiento extranjero que, en el momento de consolidarse, no presentaban una conexión suficiente con el ordenamiento del foro. Ello no es óbice para anteponer la excepción de orden público ante aquellos efectos derivados de dicha relación jurídica que continúan desplegando sus efectos en el tiempo y son susceptibles de entrar en contacto con el sistema del foro, vulnerando los principios que informan el orden público internacional.

**411.** Originada en la jurisprudencia británica de principios del siglo XIX, no es frecuente encontrar una respuesta a la cuestión que estamos examinado en los sistemas estatales del área OHADAC, con la excepción de la Ley DIPr de Venezue-la<sup>542</sup> o del Código civil de México<sup>543</sup>, pero ha sido incorporada en otros siste-

<sup>&</sup>lt;sup>542</sup> VENEZUELA: Art. 5 LDerecho internacional privado: "Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano".

<sup>&</sup>lt;sup>543</sup> Art. 13.I Código Civil para el Distrito Federal en Materia común y para toda La Republica en Materia Federal (México): "Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la Republica o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas". Para L. Pereznieto el término "válidamente" es un calificativo de acuerdo con el cual el juez del foro, después de efectuar la remisión al Derecho extranjero, tiene que decidir la situación fue creada conforme a la ley extranjera, agregando además que los márgenes para determinar la validez o no de la misma deben buscarse en la jurisprudencia que es la que finalmente da la respuesta a futuro (*Derecho internacional privado. Parte general*, 8ª ed., México, Oxford University Press, 2008, pp. 289–290). *Vid.*, asimismo, V. García Moreno, "Reforma de 1988 a la legislación mexicana en materia de De-

mas<sup>544</sup>y en la codificación interamericana al considerarse que es esencial no sólo para la flexibilización del método conflictual, sino también para la consecución de los fines de éste.

- i) En un primer momento el Código Bustamante se ocupó de la cuestión al establecer su art. 8 que "Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional". Según esta redacción el reconocimiento de los derechos adquiridos al amparo de un Derecho extranjero, constituye la regla y su excepción remite a aquellos casos donde tal admisión podría violar flagrantemente principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado contratante involucrado. Numerosas han sido las críticas a semejante planteamiento, base señalar queexcluye el reconocimiento con arreglo a la legislación competente si con esto se lesiona el orden público internacional establecido por el Derecho sustantivo del foro, cerrando así todas las dificultades que pudieran surgir del concepto de los derechos adquiridos<sup>545</sup>.
- ii) No sin un amplio debate el art. 7 de la Convención CIDIP sobre normas generales de 1979 quedó redactado de la siguiente forma "Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte, de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público". Dicha redacción supone una evidente mejora del texto del art. 8 del Código Bustamante al reconocer los derechos adquiridos de conformidad acuerdo con todas las "leyes" competentes; lo que constituye una interpretación más liberal, que se adecúa mejor a los fines del DIPr. Dicha norma tuvo, además, la virtud de sustituir la controvertida expresión "derechos adquiridos", por la de "situaciones jurídicas válidamente creadas", siendo ésta última más amplia al abarcar un conjunto de situaciones distintas a los derechos propiamente dichos. Su contenido no supone menoscabo de los intereses del foro, que quedan resguardados con la inclusión expresa de dos excepciones: que las situaciones tengan una conexión al momento de su

recho internacional privado", *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Haroldo Vallãdao*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 194 *et seq.* En la Decisión del 12 de junio de 2001, Tesis 1.3°.C.262C en materia Civil respecto a un Amparo Directo389, el tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, decidió que la validez de un acto jurídico para que surta efectos en México, debe analizarse conforme a la ley del lugar de celebración y, fundamentó su decisión en la fracción I del art. 13 del Código Civil Federal considerando como presupuesto esencial que las situaciones jurídicas válidamente creadas para que surtan efectos en México, deben atenderse combinando esta fracción I con la fracción V del mismo artículo, ya que debe combinando esta fracción I con la fracción V del mismo artículo ("Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos juridicos de los actos y contratos se regiran por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado validamente la aplicabilidad de otro Derecho"), ya que debe analizarse si el acto jurídico que produjo la creación de las mismas fue válido conforme a ese Derecho extranjero.

<sup>&</sup>lt;sup>544</sup>*V.gr.* art. 2050 Cc peruano; art. 7 Ley Federal Austriaca de Derecho internacional privado del 15 de junio de 1978. el art. 66 Proyecto dominicano incluye un texto idéntico al del precepto comentado.

<sup>&</sup>lt;sup>545</sup> J. Samtleben, *Derecho internacional privado en América latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. I .*Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 205.

creación con el ordenamiento donde se han constituido y su no contrariedad a los principios de su orden público<sup>546</sup>.

412. El precepto comentando reúne los requisitos de precisión conceptual y terminológica imprescindibles para otorgar seguridad jurídica por lo que puede ser considerado como una aportación esencial al proceso de unificación convencional del DIPr hemisférico<sup>547</sup>, por eso con similares propósitos incorpora el texto del art. 7 de la Convención de la CIDIP sobre normas generales de 1979. La solución adoptada consiste pues en aplicar la ley declarada competente por todos los ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto de hecho entre otras normativas. Como puede observarse la terminología de los "derechos adquiridos" ha sido superada por el empleo del término "situaciones jurídicas válidamente creadas", originada por la necesidad de incluir no sólo los actos jurídicos sino también cualquier clase de hechos que produzcan consecuencias en el mundo del Derecho. Con ello se pretende que en las futuras interpretaciones del precepto pueda dar lugar a un efecto negativo para el normal funcionamiento de la norma de conflicto por un eventual rechazo al Derecho extranjero reclamado.

## TÍTULO IV

## EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

## Capítulo I

Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

Art. 72. Concepto de resolución. Se entenderá por resolución cualquier decisión adoptada por un tribunal o autoridad equivalente de un Estado con independencia de la denominación que recibiere el procedimiento del que deriva la resolución o la resolución misma, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución.

<sup>&</sup>lt;sup>546</sup> VENEZUELA: Un trabajador demandó por diferencia en el pago de prestaciones por los servicios prestados en Argentina, Guatemala y Venezuela y su reclamación fue objeto de la sentencia nº 1633 de 14 de diciembre de 2004, con posterior declaratoria de 9 de agosto de 2005 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, considerándose que debía indemnizarse al trabajador de acuerdo a lo establecido en la legislación de cada uno de esos países, con fundamento en el art. 7 de la Convención CIDIP sobre normas generales de 1979. Asunto *Enrique Emilio Álvarez Centeno vs Abbott Laboratories, C.A y Otra*, http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/agosto/1099–090805.htm.30/08/2011.http//www.tsj.gov.ve.

<sup>&</sup>lt;sup>547</sup> V.H. Guerra Hernández, "Derechos adquiridos". *Ley DIPr comentada*, t. I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.pp. 232–233.

413. Se incorpora una definición amplia y flexible de resolución, para hacer referencia a las diversas categorías de decisiones susceptibles de reconocimiento o ejecución en virtud de estas normas, que en principio incluye cualquier pronunciamiento sobre el fondo de un asunto, tanto condenas matrimoniales como decisiones de cualquier otro tipo. Por eso, en lugar del término sentencia se utiliza el de resolución, con una acepción jurídica menos precisa y capaz de englobar supuestos dispares. En todo caso, la definición debe combinarse con la existencia de restricciones específicas al reconocimiento y ejecución de algunas de esas resoluciones, así como con la circunstancia de que el alcance de ciertos controles puede varias en función de las características de las resoluciones. A esa misma orientación amplia obedece el empleo de la expresión "tribunal o autoridad equivalente", de modo que comprende las decisiones de cualquier autoridad que tenga atribuidas funciones jurisdiccionales en materia de Derecho privado.

414. La definición de resolución utilizada a estos efectos se corresponde con el enfoque adoptado en los más modernos instrumentos internacionales de referencia en este sector. En este sentido, una definición similar puede encontrarse en el art. 4 del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro adoptado en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr, así como en el art. 23 del Anteproyecto de Convenio sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil de 30 de octubre de 1999, elaborado en el seno de la misma institución. El criterio que inspira estas normas es coincidente con el que prevalece en los instrumentos sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones adoptados en el seno de la Unión Europea, ya desde el Convenio de Bruselas de 1968, cuya formulación más reciente se encuentra actualmente recogida en el art. 2.a) Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil o Reglamento Bruselas I (refundición).

Por el contrario, el enfoque adoptado difiere en parte del que inspira la Convención Interamericana de Montevideo sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 8 de mayo de 1979. Conforme a su art. 1, la Convención permite que los Estados limiten su aplicación a las sentencias de condena en materia patrimonial, al tiempo que sólo prevé que pueda aplicarse a las resoluciones que terminen el proceso y a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional cuando los Estados así lo declaren al momento de ratificarla.

- Art. 73. Reconocimiento y ejecución en general. 1. Para que una resolución pueda ser reconocida, deberá tener en el Estado de origen el efecto cuyo reconocimiento se pretende en el Estado requerido.
- 2. Para que una resolución pueda ser ejecutada, deberá ser ejecutoria en el Estado de origen.

- 3. El reconocimiento o la ejecución podrán ser pospuestos o denegados si la resolución ha sido objeto de un recurso ordinario en el Estado de origen o si el plazo para interponerlo no hubiese expirado.
- 4. Cuando la resolución extranjera incluya partes que sean separables del resto, una o más de ellas serán susceptibles de ser reconocidas o ejecutadas por separado.

**415.** Para armonizar la necesidad práctica del reconocimiento de decisiones extranjeras con el principio formal de soberanía jurisdiccional, se han ido desglosando, históricamente, distintas teorías como la noción de *comity* o cortesía internacional, el principio del respeto a los derechos adquiridos como fundamento del reconocimiento de decisiones extranjeras o la de la incorporación del Derecho extranjero, a través de la integración de la sentencia extranjera como Derecho nacional. Sin perjuicio de la mayor o menor bondad de estas teorías el reconocimiento obedece a un fin práctico, el mismo que justifica la aplicación del Derecho extranjero pues si se llevara a las últimas consecuencias el principio de soberanía territorial del Estado, nunca surgiría la posibilidad de ejecutar o dar eficacia a sentencias no dictadas por sus tribunales lo que iría en contra de la realidad y vendría a suprimir el tráfico jurídico internacional y las relaciones jurídicas entre nacionales de distintos países<sup>548</sup>. Dicha finalidad práctica es la que justifica el fundamento general no sólo del DIPr en su conjunto sino, en particular, del sector del reconocimiento de decisiones extranjeras<sup>549</sup>.

El carácter extranjero de las decisiones debe ser entendido en un sentido excluyente referido a toda decisión dictada en el ejercicio de un poder jurisdiccional distinto al caribeño, se trate de un tribunal estatal o de una instancia internacional (v.gr., un laudo procedente del CIADI). No cabe duda de que cada uno de estos supuestos conduce a distintos mecanismos de reconocimiento. Por otra parte, el término de decisión "extranjera" plantea problemas de delimitación respecto de los laudos arbitrales que, por su propia naturaleza, presentan un carácter transnacional, y que abren la posibilidad, sin duda de importantes consecuencias, de delimitar su origen extranjero con base en criterios muy dispares, como tendremos ocasión de ver. En suma, pese a que el término "decisión extranjera", que sirve para delimitar inicialmente el objeto de reconocimiento, deba realizarse con un carácter excluyente, de hecho el análisis del problema toma principalmente como centro de atención el reconocimiento de las decisiones dictadas por órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero.

Resulta habitual identificar las nociones de "reconocimiento", execuátur y "ejecución"<sup>550</sup>. Ello suscita dos problemas. De un lado, si se identifica el execuátur con el reconocimiento de decisiones, es lógico que se trate con carácter exclusivo el reconocimiento de decisiones judiciales firmes dictadas en procedimientos conten-

<sup>&</sup>lt;sup>548</sup> Art. 179 Ley DIPr panameña; art. 954 LEC/19881 (España); art. 64 Ley DIPr italiana.

<sup>&</sup>lt;sup>549</sup> R. Arenas García, "Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento", *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 231–260.

<sup>&</sup>lt;sup>550</sup> M. Requejo Isidro, "Sobre ejecución y execuátur", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1999, 5, D–236, pp. 1898–1901

ciosos, toda vez que el execuátur es el mecanismo previsto, en el Derecho común, para reconocer este tipo de decisiones. De otro lado, si se tiene presente que dicho procedimiento de execuátur se cifra preferentemente en el objetivo de lograr la fuerza ejecutiva de dichas decisiones, se comprende que sea éste el efecto que acapara la atención. Todo ello decae si se demuestra convenientemente el sentido propio de cada una de las expresiones aludidas.

Debe insistirse en que la revisión de fondo es un principio antitético a la función del reconocimiento, que quedaría desvirtuado por un proceso de "interiorización" o "nostrificación", y no de reconocimiento, inspirado este último en el postulado de la cooperación internacional y en la optimización de la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. Si, como condición de reconocimiento, la autoridad de origen ha de ser competente, el fondo de la decisión no debe ser revisado. La elusión de la revisión de fondo implica convertir al reconocimiento en un mero procedimiento de control formal u homologación, que impide volver a considerar los hechos y considerandos de la decisión extranjera, limitando las causas de denegación a las condiciones específicas del reconocimiento.

416. Inicialmente el reconocimiento hace referencia a la posibilidad de conseguir en el foro el efecto constitutivo, obligatorio o de cosa juzgada material, ejecutivo o registral, de una decisión extranjera. No todas las decisiones judiciales firmes dictadas en procedimientos contenciosos producen un efecto ejecutivo, dado que muchas de ellas presentan un carácter puramente constitutivo, en particular, las referidas a la modificación, extinción o determinación del estado civil, que no precisan un ulterior procedimiento de ejecución. Pero tampoco son las sentencias firmes dictadas en un procedimiento contencioso las únicas capaces de generar un efecto ejecutivo, constitutivo o registral. Los laudos arbitrales, las transacciones judiciales, los actos de jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares o provisionales, o las propias sentencias no firmes, son otras tantas decisiones susceptibles de producir todos o algunos de los efectos citados y, consecuentemente, de provocar un problema de reconocimiento, pese a carecer bien de firmeza, bien de carácter contencioso o bien de la propia naturaleza de una sentencia<sup>551</sup>.

Para proceder a reconocer en el foro, en cada caso, el valor de cosa juzgada, la fuerza ejecutiva, el carácter constitutivo o la eficacia registral de cada una de estas decisiones se articulan una serie de mecanismos o tipos de reconocimiento. Para las decisiones judiciales firmes dictadas en procedimientos contenciosos, el procedimiento de execuátur es el mecanismo habitual que, seguramente, podrá extenderse a otro tipo de decisiones, pero dicho mecanismo no es un procedimiento de ejecución, ni tiene como fin único dotar de fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera. A través del procedimiento de execuátur: a) se procede a homologar la sentencia extranjera como título de ejecución (declaración de ejecutividad), no a ejecutarla, efecto que precisara de un nuevo procedimiento ante otra instancia; y, b) puede pretenderse exclusivamente el reconocimiento del efecto de cosa juzgada de una decisión extranjera que no precisa ejecución, o bien facilitar que la decisión se convierta en título para practicar la inscripción registral, de donde se infiere que tam-

<sup>&</sup>lt;sup>551</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7<sup>a</sup> ed., Madrid: Civitas–Tomson–Reuters, 2013, pp. 1293 *et seq*.

poco es exclusivamente un procedimiento para dotar de ejecutividad a la sentencia extranjera.

## **417.** Son misiones del reconocimiento:

- i) Procurar la *fuerza ejecutiva* en el foro de una sentencia extranjera, efecto característico de las sentencias de condena. Para conseguir dicho efecto, se plantean dos alternativas fundamentales: acudir directamente al procedimiento de ejecución, resultando competente para decidir el reconocimiento el mismo órgano que decide la ejecución, o bien, acudir a un procedimiento autónomo de execuátur, en el que se decide previamente el reconocimiento, creando un título de ejecución que puede utilizarse, posteriormente, en un procedimiento normal de ejecución
- ii) Procurar en el foro la obligatoriedad o *efecto de cosa juzgada material* de la sentencia extranjera, en cuya virtud su contenido vincula a las autoridades y órganos jurisdiccionales del foro y se actúa el principio de *non bis in idem*,principio que impide no sólo la iniciación en el foro de un nuevo proceso con idénticas partes, objeto y causa, sino también que se vuelva a suscitar como cuestión incidental en todo tipo de procesos.
- iii) Lograr el *efecto registral* de las decisiones extranjeras, esto es el acceso al registro de la decisión extranjera como título para practicar la inscripción registral.

La decisión extranjera puede producir, como cualquier otro documento público extranjero, efectos probatorios al margen del reconocimiento, si cumplimenta las condiciones de legalización y de traducción<sup>552</sup>. En tanto que documento público, la sentencia extranjera puede ser utilizada, como elemento de prueba, en un proceso abierto en el foro, si bien en ningún caso el efecto probatorio cubre el fallo o parte dispositiva de la sentencia, sino, únicamente, los elementos de hecho que se consideran probados. Ello permite reconocer el efecto probatorio de una sentencia, aun cuando el efecto de cosa juzgada, ejecutivo o constitutivo de la misma no pudiese obtenerse, al incumplirse alguna de las condiciones que nuestro ordenamiento exige para su reconocimiento. No existe, evidentemente, inconveniente alguno en que la decisión extranjera, como documento público, sirva de elemento de prueba acerca de los hechos en ella dilucidados. Ahora bien ello excluye el efecto de cosa juzgada y el efecto ejecutivo de la decisión extranjera. Dicho en otros términos, el valor probatorio del documento público que sirve de sustrato a la sentencia extranjera permite, únicamente, su utilización como medio de prueba de los hechos relacionados. El fallo no puede, en consecuencia, ser utilizado para reconocer sus efectos de cosa juzgada, ejecutivo o constitutivo. Sin embargo, amparándose en los efectos probatorios de la sentencia extranjera, debe procederse a reconocer incidentalmente el efecto de cosa juzgada o constitutivo del fallo de la decisión en cuestión.

<sup>&</sup>lt;sup>552</sup> A. Borrás Rodríguez, "Eficacia ejecutiva internacional de los títulos extrajudiciales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 42, 2004, pp. 29–54.

418. El bloque fundamental del sector del reconocimiento se refiere a las decisiones judiciales extranjeras dictadas en procedimientos contenciosos y en materia de Derecho privado. Habitualmente, se constriñe la cuestión al reconocimiento de "sentencias firmes". En la generalidad de los sistemas estatales se suele exigir el requisito de firmeza como condición para el reconocimiento de sentencias dictadas en procedimientos contenciosos, si bien existen, como veremos, excepciones notables. Por lo general el cauce normativo de la materia que estamos estudiando se incluye en tratados internacionales de carácter bilateral o en la legislación procesal interna.

Prácticamente ausentes los países de la zona OHADAC la primera opción, es necesario llenar estas carencias en la presente Ley Modelo.

419. El reconocimiento significa básicamente hacer posible que los efectos procesales (en especial, cosa juzgada material y eficacia constitutiva) de la decisión operen también en el Estado requerido, logrando su eficacia extraterritorial. Ha existido un significativo debate doctrinal acerca de conforme a qué ordenamiento se determina el alcance de los efectos de la decisión reconocida: el del Estado de origen (teoría de la extensión), el del Estado requerido (teoría de la equiparación), o una combinación de ambos (teoría de la acumulación). En la actualidad, la tendencia a matizar los planteamientos hace que el debate haya perdido intensidad y parte de su trascendencia, que se manifiesta sobre todo en relación con los límites de la cosa juzgada material.

En relación con el alcance del reconocimiento la cuestión fundamental es concretar los límites dentro de los cuales tiene lugar la extensión de los efectos que la resolución despliega en el Estado de origen. Con respecto a la ejecución, se impone el requisito adicional de que la resolución debe tener eficacia ejecutiva en el ordenamiento de origen.

El establecimiento de una regulación fuente interna y su adaptación a las exigencias actuales, de modo que garantice la coordinación con los compromisos asumidos en el marco de la cooperación internacional, debe tener presentes los condicionantes y objetivos propios de esta normativa, alejados del específico contexto al que responden los regímenes convencionales.

**420.** Los apartados 2 y 3 de esta norma reflejan cómo se ha optado por un modelo en el que no se limita con carácter general el reconocimiento y ejecución a las resoluciones firmes, si bien se contempla la posibilidad de denegación si la resolución ha sido objeto de un recurso ordinario en el Estado de origen o si el plazo para interponerlo no hubiese expirado.

La firmeza hace referencia a la noción de cosa juzgada en sentido formal, esto es, la impugnabilidad de la sentencia dentro de un mismo proceso. Establecido este límite, corresponde al Derecho procesal extranjero determinar cómo y en qué condiciones una decisión no es susceptible de ulterior impugnación o recurso en un mismo proceso. No debe utilizarse, pues, por analogía, los supuestos que en el ordenamiento caribeño producen el efecto de cosa juzgada formal. La prueba de la firmeza de la decisión se consigue a través de la aportación de la propia ejecutoria,

o documento público en que se consigna la sentencia firme, de parte de quien requiere el reconocimiento, o bien mediante certificación o diligencia del Tribunal que ha dictado la sentencia. Asimismo, el análisis de las cuestiones de reconocimiento se limita a las materias de Derecho privado, consecuentemente con una acotación funcional del contenido del DIPr lo circunscribe a las relaciones jurídicoprivadas, esto es, civiles y mercantiles.

**421.** Se trata de un planteamiento que facilita avances en la regulación del régimen aplicable a determinadas categorías de resoluciones y actos, respecto de las cuales predomina en algunos ordenamientos un criterio muy restrictivo. Así ocurre en relación con las resoluciones pertenecientes al ámbito de la jurisdicción voluntaria, el tratamiento de la eficacia transfronteriza de las medidas provisionales, los documentos públicos con fuerza ejecutiva y las transacciones judiciales.

El sistemático rechazo de la eficacia de las medidas provisionales no resulta apropiado a la luz de los intereses que justifican, al menos en situaciones específicas, la eficacia transfronteriza de tales resoluciones. La mera sustitución de la exigencia de firmeza por el requisito de que la resolución no sea susceptible de recurso ordinario hace posible la eficacia de las medidas provisionales que satisfagan ese requisito. El sistemático rechazo de las medidas provisionales daña intereses de gran relevancia, en particular, en el caso de medidas adoptadas en el marco de procesos matrimoniales—como sucede respecto de la custodia de los hijos o de las obligaciones alimenticias—, al tiempo que impide valorar adecuadamente la conveniencia de facilitar la eficacia de las medidas provisionales o cautelares acordadas por el tribunal que conoce de la cuestión principal.

**422.** El apartado 4 proclama un principio que goza de amplia aceptación en el panorama comparado, al establecer que las partes separables de una resolución extranjera serán susceptibles de ser reconocidas o ejecutadas por separado. Disposiciones similares se encuentran, entre otros instrumentos, en el art. 15 del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección del foro o en el art. 48 del Convenio de Lugano de 2007 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

Art. 74. Causas de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones. Las resoluciones extranjeras no se reconocerán:

- i) Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público.
- ii) Cuando la cédula de emplazamiento o documento equivalente no se hubiere entregado al demandado de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que el demandado hubiera comparecido sin impugnar la notificación en el tribunal de origen, siempre que la ley del Estado de origen permita que la notificación sea impugnada.
- iii) Si se hubieran desconocido las disposiciones establecidas en el art. 9 de la presente ley o si la competencia del tribunal extranjero no estuviera basada en

alguno de los criterios establecidos en el Capítulo II de esta ley o en una conexión razonable de naturaleza equivalente.

- iv) si un procedimiento entre las mismas partes que tuviera el mismo objeto y la misma causa estuviera pendiente ante un tribunal caribeño, cuando este procedimiento haya sido el primero en ser iniciado,
- v) si fueren inconciliables con una resolución dictada entre las mismas partes en Caribe.
- vi) si fueren inconciliables con una resolución dictada en otro Estado entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniere las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Caribe y hubiere sido adoptada con anterioridad o su reconocimiento hubiera sido ya declarado en Caribe.
- vii) si no reúnen los requisitos exigidos en el país en que ha sido dictada para ser considera como autentica y los que las leyes caribeñas requieren para su validez.
- **423.** Los posibles motivos de denegación del reconocimiento y ejecución o, desde una perspectiva positiva, los controles a los que se subordina la eficacia de una resolución extranjera aparecen previstos con carácter exhaustivo en el texto de la ley. En consecuencia, no cabe denegar el reconocimiento con base en controles de la resolución extranjera diferentes de los previstos en el art. 74. Ello implica que no cabe la revisión de fondo de la resolución extranjera, así como que deben ser rechazados ciertos mecanismos tradicionalmente existentes en algunos ordenamientos, como el del control de la ley aplicada por el tribunal de origen o la reciprocidad<sup>553</sup>.

El rechazo de la reciprocidad se funda en su inadecuación con el fundamento del sistema de reconocimiento y ejecución en materia de Derecho privado. A diferencia de lo que puede suceder en la cooperación jurídica internacional en sectores de Derecho público, especialmente en el ámbito penal, el empleo de la reciprocidad como criterio general supone un menoscabo desproporcionado e irrazonable para los intereses privados, básicos en la regulación de la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia civil y mercantil, que tampoco viene exigido por los intereses estatales en presencia, ni parece justificar su eventual valor como instrumento de presión de las autoridades extranjeras. No sólo atenta contra la posición de los particulares afectados, sino que también resulta manifiestamente contrario al interés estatal en proporcionar tutela jurídica que garantice la certeza, evitando situaciones claudicantes. En consecuencia, el empleo de la reciprocidad en el marco del reconocimiento y ejecución de decisiones ha ido desapareciendo de los sistemas más avanzados en este ámbito.

<sup>&</sup>lt;sup>553</sup> CONC.: Art. 27 DIPr suiza; art. 25 LDIPr belga; art. 954 LEC/1881 (España); art. 139 Proyecto boliviano.

**424.** Con el paso de los años cabe observar el desarrollo a escala internacional de un cierto consenso acerca de cuáles son las condiciones a las que resulta apropiado subordinar el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras. Componente esencial de todos los regímenes de reconocimiento es el control del orden público, cuyo contenido se vincula con la protección de los principios fundamentales del ordenamiento del Estado requerido, por lo que típicamente presenta una estrecha conexión con los respectivos sistemas constitucionales.

En este ámbito, el orden público, que debe ser entendido como un mecanismo excepcional de interpretación restringida, opera en la medida en que los concretos efectos pretendidos de la resolución extranjera sean totalmente incompatibles con los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico del Estado requerido. De ahí la formulación restrictiva de este requisito, que en línea con lo que es ya una redacción de uso generalizado en los convenios internacionales y las legislaciones nacionales más avanzadas en esta materia, excluye el reconocimiento únicamente cuando sea "manifiestamente contrario al orden público". Una formulación similar de este tipo de regla se encuentra, por ejemplo, en el art. 5.1° del Convenio de La Haya referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias de 1973, y en el art. 23.2°.d) del Convenio de La Haya en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños de 1996.

**425.** La autonomía del procedimiento de execuátur implica que en el mismo sólo pueden oponerse las excepciones que hacen referencia a las condiciones exigibles para el reconocimiento y no las dimanantes de la acción ejercida en el proceso principal llevado a cabo en el ordenamiento extranjero. Esta consecuencia de la autonomía del procedimiento no significa que se excluya radicalmente un eventual control en cuanto al fondo de la decisión extranjera. Dicho control de la decisión sólo se excluye si, efectivamente, también queda excluida en las excepciones y condiciones propias del procedimiento de execuátur, afirmación que no siempre es posible sostener. Dicho de otro modo, las propias condiciones del procedimiento autónomo de execuátur pueden implicar un control en cuanto al fondo.

Sentando esto, cabe referirse muy sucintamente a algunas cuestiones que suscita el procedimiento de reconocimiento de sentencias extranjeras:

i) Respeto de los derechos de defensa de las partes. Como condición del reconocimiento debe garantizarse el respeto de las garantías procesales y de defensa de las partes y la regularidad del procedimiento seguido en el extranjero. La justificación de ello es garantizar el principio de contradicción y la posibilidad de que el demandado haya podido defenderse efectivamente en el procedimiento abierto en el extranjero. Esta exigencia se circunscribe básicamente a la regularidad y suficiencia de la notificación de la demanda; pero, por esta razón, quedaría fuera de la condición todo supuesto de rebeldía culpable, estratégica o por conveniencia, consistente en la ausencia del demandado en el procedimiento de origen debida, no a un defecto o irregularidad en el emplazamiento, sino al propio desinterés del demandado<sup>554</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>554</sup> J.D. González Campos, "Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso", *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 695–716.

Debería caber la posibilidad de que, en distintos casos, la rebeldía pueda ser sanada a través de actos posteriores del demandado que revelen su voluntad de aceptar la decisión de cuya ejecución se trata. El origen judicial de la decisión extranjera, su carácter contencioso y, consecuentemente, los efectos ejecutivo y de cosa juzgada que lleva aparejados la sentencia firme, implican la necesidad de un control que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías de defensa.

- ii) *Orden público*: El límite de orden público atiende a la protección de valores fundamentales de índole social o económica del foro, en un momento histórico determinado. La actualidad de este correctivo, al igual que en su operatividad frente a la ley extranjera, obliga a utilizarlo conforme a los valores presentes en el momento del reconocimiento, no en el de dictarse la sentencia extranjera<sup>555</sup>. En su vertiente económica, el orden público económico puede actuar para denegar el reconocimiento a decisiones extranjeras relativas a propiedad industrial, participación de sociedades, pago de divisas, etc.
- iii) Control de la ley aplicada por el juez de origen: Esta condición consiste en supeditar el reconocimiento al hecho de que el tribunal extranjero haya aplicado al supuesto la misma ley que hubiese sido aplicada por los tribunales del foro, a menos que el resultado final coincida. La utilización de dicho control tiene una cierta acogida legal o jurisprudencial en diversos sistemas pero se trata de una condición sumamente restrictiva y recelosa, parece no compaginarse con el espíritu de cooperación que preside el régimen convencional de reconocimiento.
- iv) Autenticidad de la decisión: La demostración de la autenticidad de la ejecutoria extranjera presentada al reconocimiento, y el cumplimiento de los requisitos de prueba que, en cuanto documento público, debe cumplimentar para hacer fe en la República Dominicana, constituyen una condición previa que, como es obvio, opera sea cual fuere el régimen del reconocimiento.
- v) Control de la competencia judicial internacional: En cuanto tal, el control se circunscribe a la competencia general del tribunal extranjero que ha dictado la decisión, esto es, a su competencia para conocer de un supuesto de tráfico externo, sin que alcance al control de la competencia interna del Tribunal que, en concreto, haya dictado la resolución objeto de reconocimiento. La incompetencia judicial internacional del juez de origen tiene una importancia clave en la valoración de una posible rebeldía voluntaria del demandado, que resultaría, entonces, justificada. Dicha justificación se basa en la adecuada protección de la justicia procesal para el demandado; protección de las competencias exclusivas de los tribunales del foro y en la propia naturaleza del reconocimiento. El fundamento del control aboga por su investigación de oficio o, cuando menos, por una participación activa del juez del execuátur frente al silencio de las partes en el procedimiento.

<sup>&</sup>lt;sup>555</sup> S. Álvarez González, "Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario", *La Ley*, 2000, 6, D–179, pp. 2005–2009

vi) Ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente en el Estado requerido. El reconocimiento de una decisión judicial extranjera no es posible si, con anterioridad a la solicitud del execuátur, existía ya en el Caribe una decisión firme sobre la misma causa, con las mismas partes e identidad de objeto, o sencillamente incompatible con la decisión extranjera. No se trata, estrictamente, de hacer valer el efecto de cosa juzgada de la decisión caribeña, toda vez que esta es una excepción que no tiene cabida en el procedimiento de execuátur, que es un mero procedimiento de homologación. La razón de ser de esta condición no es otra que el mantenimiento de la congruencia del sistema interno y su coherencia, frente a la pluralidad de soluciones que puede conllevar la sanción de un mismo hecho obtenida ante distintas jurisdicciones. Por esta razón, cabe insistir en que, para que exista contradicción, no es precisa una absoluta identidad de objeto, partes y causa entre ambos procesos, sino una simple incompatibilidad material. Esta excepción al reconocimiento también puede ponerse en marcha cuando no exista una decisión judicial firme en el Estado requerido, pero sí un proceso pendiente entre las mismas partes, con el mismo objeto y causa que el proceso que fue resuelto por la sentencia extranjera. En este caso, el criterio de la prioridad temporal puede tener cierta importancia.

vii) Reconocimiento del efecto constitutivo de los actos de jurisdicción voluntaria. Tomando en consideración la distinción de base efectuada en el epígrafe anterior, resulta que el problema fundamental se cifra en determinar el régimen de reconocimiento del efecto constitutivo de determinados actos de jurisdicción voluntaria. Los partidarios de una valoración material de la intervención de la autoridad, integrada en la norma material, no sólo niegan la necesidad de execuátur, sino también el propio problema de reconocimiento. A su juicio, la cuestión se reduce a determinar la ley aplicable a la constitución del acto, y en su planeamiento hay algo heredado de las críticas a las doctrinas de los derechos adquiridos. El uso de normas de Derecho aplicable no significa que nos encontremos ante una cuestión de Derecho aplicable. Estas normas pueden servir, asimismo, como normas de reconocimiento. De hecho, la utilización de las normas de Derecho aplicable para resolver los efectos de reconocimiento es extensible en determinados sistemas a las sentencias constitutivas, que de esta manera eluden los mecanismos normales de execuátur. De una manera sencilla, podría resumirse esta alternativa en una escueta máxima: "reconoceré a los actos de jurisdicción voluntaria los mismos efectos que les reconoce el ordenamiento jurídico competente que es designado por la norma sobre Derecho aplicable a esa misma institución". La norma de Derecho aplicable es utilizada para localizar el ordenamiento jurídico competente que habrá de servir de referencia para delimitar los efectos del acto en cuestión. La noción de "ordenamiento jurídico competente" es, por tanto, más amplia que la de "ley aplicable",556

**426.** En la operatividad del orden público en el marco del reconocimiento y ejecución de decisiones desempeña un papel clave la dimensión procesal, que exige

<sup>&</sup>lt;sup>556</sup> P.A. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997

fundamentalmente valorar el respeto en el proceso de origen de las garantías que configuran el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectivo o derecho a un proceso justo. Se ha optado por seguir la tendencia frecuente en el panorama convencional y comparado de individualizar como condición del reconocimiento con autonomía (respecto del orden público) la exigencia de regularidad del emplazamiento del demandado, que asegure que las partes han sido notificadas del inicio del proceso y han dispuesto de tiempo suficiente para preparar la defensa de sus intereses, en especial cuando no han comparecido ante el tribunal.

Este requisito del reconocimiento aparece configurado de manera que se excluyendo su operatividad en los supuestos de rebeldía culpable o por mera conveniencia del demandado en el proceso de origen. El régimen así diseñado coincide sustancialmente con el establecido en la mayoría de los regímenes convencionales, tanto multilaterales como bilaterales, como ilustra, por ejemplo, el art. 9.c.i) del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005.

427. Pieza central del sistema establecido es el control de la competencia del tribunal de origen. Reflejo de la trascendencia de este control es la adopción en el contexto americano de la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, hecha en La Paz el 24 de mayo de 1984 en el marco de la CIDIP, si bien su contenido presenta significativas carencias. Tampoco resulta apropiado sobre este aspecto tomar como referencia el régimen establecido en el seno de la Unión Europea, en particular en el marco del Reglamento Bruselas I, pues este sólo se ocupa del reconocimiento recíproco de las decisiones judiciales, es decir, entre tribunales de Estados miembros, ámbito en el que prácticamente elimina este control en la fase de reconocimiento y ejecución, como consecuencia de la unificación de las reglas de competencia judicial internacional de los Estados miembros y el significado del principio de confianza comunitaria.

En este ámbito, la legislación comparada muestra la progresiva superación en las legislaciones nacionales de la mera técnica de la bilateralización de las reglas de competencia internacional establecidas en el sistema del foro, si bien cabe apreciar importantes diferencias en las legislaciones nacionales y los textos internacionales. Se ha optado por un modelo que refleja el criterio imperante de que el reconocimiento sólo debe ser denegado por la incompetencia del tribunal extranjero cuando se hayan vulnerado las competencias exclusivas de los tribunales del Estado requerido, o la sumisión a éstos por las partes, y cuando no exista un vínculo de proximidad razonable entre el litigio y el tribunal que se pronunció sobre el mismo.

**428.** La necesidad de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico del Estado requerido impide que pueda reconocerse una resolución extranjera cuando es inconciliable con la eficacia de una decisión del foro o extranjera previamente reconocida en el foro. Se trata de un criterio ampliamente aceptado en los convenios internacionales y las legislaciones nacionales en esta materia. Representativos en este sentido son el art. 9.f) y g) del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, así como el art. 34.3 y 4 del Convenio de Lugano de 2007 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en mate-

ria civil y mercantil. Entre las legislaciones nacionales, cabe señalar a modo de ejemplo el art. 27.2° de la Ley DIPr suiza de 1987, el art. 25.5 de la Ley DIPr belga de 2004, así como en EE UU la sección 4(c)(4) de la *Uniform Foreign —Country Money Judgments Recognition Act* de 2005.

Además, la normativa propuesta precisa el alcance como límite al reconocimiento de resoluciones extranjeras de la existencia en el foro de un proceso pendiente. A este respecto, cabe entender que la prevalencia incondicional de los procesos pendientes en el foro sobre las decisiones ya pronunciadas en el extranjero no es una solución apropiada y respetuosa con los intereses en presencia. Existen razones para limitar el alcance, como motivo de denegación del reconocimiento, de la existencia de un proceso que se tramita en el Estado requerido y que pueda dar lugar a una resolución inconciliable a las situaciones en las que el proceso se inició en el Estado requerido con anterioridad al que dio lugar a la decisión extranjera. Esta opción resulta sin duda más adecuada que un criterio más restrictivo que afirmara la prevalencia absoluta de los procedimientos tramitados en el Estado requerido, que facilitaría la puesta en marcha de estrategias obstaculizadoras del reconocimiento de resoluciones.

**429.** Cabe señalar que no procede añadir nuevas condiciones a las que contenidas en el presente precepto en particular, se mantiene la negativa al control de la ley aplicada en la decisión de origen con lo cual la norma es coherente con el papel asignado al control de la competencia del tribunal de origen y con la autonomía entre las normas de reconocimiento y las de ley aplicable y a la exigencia de falta de fraude en la misma.

- Art. 75. *Procedimiento*. 1. Las resoluciones extranjeras serán reconocidas por ministerio de la ley y sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno. El reconocimiento puede ser solicitado de forma incidental, por vía de reconvención, reclamación contra coparte, o de defensa.
- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, cualquier parte interesada podrá solicitar a la autoridad competente que decida sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución extranjera. En este caso el procedimiento de reconocimiento será el establecido por la legislación procesal para el execuátur.
- 3. Para el procedimiento de execuátur serán competentes los tribunales de primera instancia. La decisión del Tribunal de Primera Instancia será susceptible de apelación.
- **430.** Esta normas parte de una clara diferenciación entre el reconocimiento, declaración de ejecutabilidad y la fase de ejecución en sentido propio. El reconocimiento hace referencia a la eficacia en el Estado requerido de los efectos procesales de las decisiones extranjeras. Es también posible que la decisión extranjera produzca ciertos

efectos al margen del reconocimiento, como el probatorio u otros vinculados a los registros públicos. De otra parte, cabe que en el Estado requerido el ordenamiento jurídico establezca el reconocimiento de la resolución como presupuesto para que produzca ciertos efectos con independencia de los que tenga en el Estado de origen, en particular, en la medida en que el reconocimiento se exige para que pueda tener lugar su inscripción registral. Cuando se pretende hacer valer fuera del Estado de origen la eficacia ejecutiva de una resolución es necesario en todo caso obtener una declaración de ejecutabilidad (sólo después de obtenerla podrá procederse a la ejecución en sentido propio) a través del procedimiento de execuátur.

431. En el panorama comparado e internacional se observa una marcada tendencia a no subordinar en todo caso el reconocimiento de las resoluciones extranjeras a un procedimiento especial o execuátur, a diferencia de lo que sucede con respecto a la declaración de ejecutividad para la que tal procedimiento sí se considera necesario. La exigencia de ese procedimiento especial excluye la posibilidad de hacer valer directamente la eficacia procesal de una decisión extranjera ante una autoridad caribeña (en particular, invocando incidentalmente su existencia ante la autoridad judicial que tramita un proceso o acudiendo directamente al encargado del Registro si se pretende realizar una inscripción con base en la resolución).

Esta solución implica un importante menoscabo de la eficacia transfronteriza de las decisiones extranjeras, al exigir en todo caso la obtención de una declaración general de reconocimiento a través del procedimiento establecido para la tramitación de la declaración de ejecutabilidad. Ahora bien, existe una importante diferencia cualitativa entre los supuestos en los que se pretende hacer valer la eficacia ejecutiva de una decisión extranjera y el resto en los que se pretende sólo el reconocimiento de su eficacia procesal, típicamente de cosa juzgada material y constitutiva. Esa diferencia cualitativa está en el origen de que cuando se pretende hacer valer la eficacia ejecutiva de una decisión extranjera se exija en todo caso un procedimiento especial (execuátur), así como de que además de las condiciones que operan en el reconocimiento, se exija también como presupuesto la eficacia ejecutiva de la resolución en el Estado de origen.

- 432. La no exigencia con carácter general de un procedimiento especial de reconocimiento, que hace posible el llamado reconocimiento incidental (de la eficacia de cosa juzgada material o constitutiva), así como la invocación directa de las resoluciones extranjeras ante las autoridades (como el encargado del Registro en el que se pretende la inscripción) del Estado en el que se pretenden hacer valer se impone, entre otros motivos, al valorar no sólo las diferencias con las situaciones en las que se pretende la ejecución (o una declaración general de reconocimiento) en las que es siempre preciso el execuátur, sino como al analizar la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico al incremento de situaciones para las que es relevante el reconocimiento de las decisiones extranjeras.
- **433.** La admisión del reconocimiento automático e incidental no excluye la conveniencia de hacer referencia a la necesidad de un procedimiento que haga posible obtener una declaración general de reconocimiento. En ocasiones, pese a ser posible el

reconocimiento automático e incidental, existe un interés en obtener una declaración judicial de reconocimiento vinculante *erga omnes*, de modo que es necesario un procedimiento para tramitar esa declaración general de reconocimiento. En los regímenes que admiten el reconocimiento automático, es común que el mecanismo establecido para obtener la declaración de ejecutabilidad opere también para hacer posible la declaración general de reconocimiento. Esta solución conduce a la equiparación entre el procedimiento general de reconocimiento y el procedimiento de declaración de ejecutabilidad.

434. La norma presta también atención a la determinación de los órganos competentes para conocer del procedimiento de reconocimiento (declaración general de reconocimiento) y ejecución (declaración de ejecutabilidad) de las decisiones extranjeras, si bien parte de que la regulación del mismo debe tener lugar en seno de la legislación procesal. A favor de la descentralización de la competencia y de su atribución a los órganos que con carácter general conocen de asuntos en primera instancia cabe señalar que es el criterio más extendido en los instrumentos internacionales que prevés este aspecto, siendo además una solución coherente con la expansión de las situaciones en las que se plantea la eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales como consecuencia del incremento del tráfico jurídico –privado internacional. Razones de eficacia, de adecuación racional a las necesidades de la organización judicial y de las expectativas de los justiciables aconsejan la solución propuesta.

Art. 76. Adopciones pronunciadas en el extranjero. No se reconocerán las adopciones o las instituciones similares del Derecho extranjero cuyos efectos en orden al vínculo de filiación no sean sustancialmente equivalentes a los establecidos en el Derecho caribeño.

435. En el caso de las adopciones, sin perjuicio de la aplicación de las causas de denegación del reconocimiento establecidas con carácter general, se considera apropiado establecer un control adicional. Particular interés y complejidad reviste en relación con el reconocimiento en esta materia, la verificación de la equivalencia de la adopción constituida en el extranjero con la prevista en el ordenamiento jurídico del Estado requerido, en particular cuando este sólo contempla la adopción plena, equiparable a la filiación por naturaleza, que produce con carácter general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y la familia anterior y que por su esencia es irrevocable.

Para que la adopción constituida en el extranjero pueda ser reconocida como tal, es preciso que en el ordenamiento de origen produzca esos mismos efectos. Se trata, por lo tanto, de una circunstancia que reviste particular trascendencia en relación con la limitación de la eficacia de las adopciones simples o menos plenas, frecuentes en el panorama comparado, aunque con configuraciones muy diversas. En este contexto, es relevante precisar el ordenamiento determinante de los efectos de la

adopción constituida en el extranjero (*v.gr.*, si se trata de una adopción simple o plena), que pretende ser reconocida en otro país.

436. La adopción se constituye normalmente en virtud de un acto estatal que da lugar a los efectos esenciales y directos de la figura jurídica creada, determinando su alcance, del que se debe partir al valorar la eficacia en el Caribe de la adopción constituida en el extranjero. La extensión de efectos implica tomar como punto de partida los que la resolución produce en el país de origen: en relación con el alcance de la eficacia constitutiva es determinante la ley aplicada al fondo del asunto por el órgano de origen. En línea de principio, los derechos y obligaciones de adoptante y adoptando, el alcance de los vínculos jurídicos subsistentes entre el adoptando y su familia anterior, así como su vinculación con la nueva familia y la eventual revocabilidad de la adopción, vienen determinados por la ley aplicada a la constitución de la adopción por el órgano de origen en la decisión de que se trate.

El reconocimiento en el Estado requerido como adopción plena no puede tener lugar si los efectos de la figura constituida en el extranjero no se corresponden con los previstos para la adopción en el ordenamiento del Estado requerido. En todo caso, el que la figura constituida en el extranjero cuyos efectos no se corresponden con la adopción regulada en el Estado requerido no pueda reconocerse como adopción plena, no excluye, sin embargo, la posibilidad de que sea reconocida con los efectos que le son propios en el Estado de origen.

437. En los Estados que sean parte en el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional habrá que estarse con carácter preferente a lo dispuesto en el Convenio. Conforme a su art. 2, el Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación, al tiempo que el art. 26 regula los efectos que produce el reconocimiento de la adopción en el marco del Convenio, que deben vincularse con la circunstancia de que las autoridades del Estado requerido desempeñan un papel relevante en el mecanismo de cooperación al que se subordina en el que una adopción pueda ser declarada como conforme al Convenio y que eventualmente se beneficie del régimen de reconocimiento establecido en el Convenio.

Art. 77. Inmunidad de ejecución. 1. De conformidad con las normas del Derecho internacional público sobre inmunidad de ejecución, los bienes y los activos que el Estado extranjero posea en el territorio caribeño no pueden ser objeto de medidas coercitivas a menos que los acreedores demuestren que están vinculados a una actividad de carácter exclusivamente económica. Los organismos y entidades públicas de un Estado extranjero cuyo patrimonio esté vinculado a una actividad económica relevante únicamente se beneficiarán de la inmunidad de ejecución en la medida en que acrediten que la deuda fue contraída por cuenta de dicho Estado por motivos relacionados con el ejercicio de la soberanía estatal.

- 2. La inmunidad de ejecución de los agentes diplomáticos acreditados en el Caribe se determina por lo tratados internacionales de los que Caribe sea parte y, en su defecto, por la costumbre internacional.
- 3. La inmunidad de ejecución de las Organizaciones internacionales de las que sea parte el Caribe se define por sus tratados constitutivos. Los agentes de dichas Organizaciones gozarán de inmunidad en los términos fijados por dichos tratados.

438. La inmunidad delEstado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación como proceso ante un tribunal surge en la mayoría de los casos este problema después de que se haya despejado la cuestión de si el tribunaldel Estado del foro posee sobre el Estado extranjero, o sea si elalegato de inmunidad ha sido rechazado<sup>557</sup>. Sin embargo, la inmunidadde ejecución abarca también medidas interlocutorias o de carácterpreventivo, o sea las que un tribunal puede imponer, incluso antes dedecidir si posee o no jurisdicción, con respecto a bienes ad fundandam jurisdictionem.La inmunidad de ejecución se contrae por tanto a determinar si,por el hecho de estar situados en el Estado del foro, ciertos bienesde propiedad del Estado extranjero podrían quedar sujetos a medidascoercitivas ordenadas por un tribunal de aquél, tales como embargos, secuestros o ejecuciones. En la práctica, tiene quizá mayorimportancia que la propia inmunidad de jurisdicción, tanto para el Estado demandado como para el particular que ha optado por llevarloa juicio ante un tribunal doméstico. El primero tiene un comprensibleinterés en no perder control sobre sus bienes, por ejemplo, las cuentasabiertas por su embajada o por su gobierno en bancos del Estadodel foro, y el segundo, a su vez, tiene la expectativa razonable deque, si se trata de un proceso en el cual no existe inmunidadde jurisdicción, el tribunal adoptará las medidas necesarias para queuna eventual decisión a su favor pueda ser ejecutada y produzcaefectos tangibles.

En efecto, si los tribunales de un Estado se han declarado competentes para conocer una demanda contra un Estado extranjero, puede ocurrir, de un lado,que el demandante solicite que se adopten medidas coercitivas de carácter cautelar contra los bienes de dicho Estado, como el embargo. De otro, una vez dictada sentencia en favor de un particular se suscita el problema de saber si dicha decisión judicial puede ser ejecutada contra los bienes de un Estado extranjero. Esto es, si el Estado extranjero posee en ambos supuestos *inmunidad de ejecución*. Para lo que ha de tenerse presente que esta inmunidad ha seguido una evolución paralela a la de la inmunidad de jurisdicción, al pasar de absoluta a relativa. Aunque ha de tenerse en cuenta que ello se ha producido de forma más restrictiva que en el caso de la inmunidad de jurisdicción.

**439.** En esta materia cabe referirse al régimen establecido por la Convención adoptada por la A.G. en 2004 que fija como regla de base la prohibición de cualquier medida coercitiva contra los bienes de un Estado extranjero, tanto

<sup>&</sup>lt;sup>557</sup>Vid. supra, comentario al art. 7.

anterior al fallo (art.18) como posterior a este (art.19). Aunque en uno y otro caso se establecen ciertas excepciones: 1) cuando el Estado extranjero ha consentido expresamente en la ejecución por acuerdo internacional o contrato. 2) Cuando haya reservado o afectado bienes para la satisfacción de la demanda objeto del procedimiento. A lo que se agrega, respecto a las medidas ejecutivas posteriores al fallo, que procederá la ejecución si los bienes se utilizan específicamente por el Estado para fines distintos de los del servicio público no comercial, se encuentran en el territorio del Estado del foro y tienen un vínculo con la demanda objeto del procedimiento o con el organismo o la institución contra los cuales el procedimiento ha sido intentado (art. 19 c). Complementariamente, el art. 21 del Convenio precisa que nunca serán considerados como bienes utilizados o destinados a fines comerciales los siguientes:

- "a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales, o sus delegaciones en órganos de las organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;
- b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares;
  - c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado;
- d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado o parte de sus archivos y no se hayan puesto ni estén destinado a ser puestos en venta;
- e) los bienes que forman parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni destinados a ser puestos en venta"

Con esta regulación, incumbe al particular la prueba de que el bien sobre el que solicita la ejecución no se beneficia de la inmunidad. Pero la enumeración de los supuestos en los que un bien del Estado goza de inmunidad no es excesiva dado que se basa en los datos de la práctica internacional. Y, de otra parte, tiene el mérito de resolver una cuestión debatida en el pasado, la de las cuentas bancarias de los órganos exteriores de un Estado exranjero.

Por último, en los arts.22 a 24 dela Convención se regulan ciertas cuestiones de índole procesal en relación con las inmunidades jurisdiccionales. Entre ellas, de un lado, que en defecto de acuerdo o de arreglo especial, todas las *notificaciones* procesales de los tribunales del foro relativas a la incoación de un proceso no deben realizarse desde el juez o tribunal directamente al Estado extranjero, sino que deberán transmitirse "por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado". Entendiéndose que la notificación ha tenido lugar "cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores haya recibido los documentos". Previsión que en el art.23 se complementa, de otro lado, con normas respecto al plazo para iniciar un proceso *in absentia* del Estado extranjero o para que este pueda recurrir contra la sentencia dictada.

## Eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros

- Art. 78. Documentos públicos extranjeros. 1. Se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles fuerza probatoria.
- 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:
- i) Que haya sido otorgado por una autoridad pública u otra autoridad habilitada en el Estado de origen para tal fin.
- ii) Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en Caribe.
- iii) Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado. Si dicho otorgamiento o confección se ha realizado por autoridad diplomática o consular acreditada en Caribe deberán observarse los requisitos de la ley del Estado que le confiere la competencia.
- iv) Que en el Estado de origen el documento haga prueba plena de la firma y de su contenido.
- 3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas caribeñas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.
- **440.** Cuando se alude a la eficacia probatoria de los documentos públicos, se esta haciendo referencia a una realidad compleja<sup>558</sup>. En un orden lógico, cabe distinguir, en primer lugar, la propia autenticidad o veracidad del documento público, o, lo que es lo mismo, su fuerza probatoria extrínseca. En segundo término, y sólo una vez resuelta la autenticidad del documento, procede valorar su capacidad para servir de prueba de la existencia del acto jurídico que se ha plasmado en dicho documento, o, en otras palabras, su fuerza probatoria intrínseca; si se reconoce dicha eficacia probatoria, se suscita una cuestión añadida en orden a valorar su fuerza probatoria en relación con otros medios de prueba cualesquiera que sean. Por último, consumada la prueba del acto, ello es independiente del reconocimiento de su validez.
- **441.** Con carácter general, esta disposición introduce un tratamiento de la eficacia de los documentos públicos extranjeros en el Estado de recepción estableciendo

<sup>&</sup>lt;sup>558</sup>Vid., por todos, P. Jiménez Blanco, "La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 365-404.

una serie de controles<sup>559</sup>. Posee un contenido amplio pues no está circunscrita a los documentos públicos extranjeros otorgados en otras naciones, sino que también comprende los otorgados en el Estado de recepción por autoridades diplomáticas o consulares extranjeras allí acreditadas. Dicho en otros términos, la extranjería de un documento público siempre vendrá determinada por la nacionalidad de la autoridad que interviene en su otorgamiento, autoridad que, además, ha de intervenir preceptivamente en su emisión.

Debe distinguirse entre la fuerza probatoria del documento (su capacidad para probar el acto que contiene) y, por otra, la propia eficacia del acto contenido en dicho documento (párrafo 3°). Para lo primero, basta con el cumplimiento de los requisitos previstos en el párrafo 2°; para lo segundo, son exigibles además todas las condiciones relativas a la validez del acto: capacidad de las partes (art. 23); validez de la relación en cuanto al fondo (lex causae); y validez de la relación en cuanto a la forma. Esta distinción determina que los requisitos y condiciones que se van a exigir para dar efectos en el Estado de recepción a los documentos extranjeros van a variar en función de si se quiere dar eficacia o no al acto que contienen pues para el primer caso será menester el cumplimento de los requisitos relativos a la validez de dicho acto, mientras que en el segundo bastará verificar la regularidad del documento, con una aplicación cumulativa de las leyes del Estado de origen y del foro, y comprobar su eficacia probatoria en el Estado de origen. A este efecto el precepto comentado no se limita a introducir los requisitos para la eficacia de los documentos públicos extranjeros en el ámbito procesal sino que también contempla la eficacia extraprocesal, particularmente la registral, cuestión esta que deberá completarse con las disposiciones pertinentes en la materia del Estado de recepción.

442. Como se ha indicado, el rasgo distintivo que permite calificar un documento como público es la intervención de una autoridad pública en su otorgamiento. No obstante, el párrafo 2.i) amplia los supuestos de intervención a cualquier "otra autoridad habilitada en el Estado de origen para tal fin". Tal formulación intenta ser respetuosa con la revisión del propio concepto de "autoridad pública", que puede conllevar en determinados casos importantes problemas de identificación. Así, es destacable el debate ocasionado en el ámbito del Derecho europeo sobre la posición jurídica y el ejercicio de "poder público" por parte de los notarios. La dicción dada por el art. párrafo 2.i) de esta Ley permite incluir en su ámbito cualquier tipo de autoridad que esté expresamente habilitada por la legislación del Estado de origen para otorgar documentos públicos, al margen de la consideración del interviniente en el documento como poder público o no.

**443.** Los controles previstos en el párrafo 2°, ii) en relación con la autenticidad del documento (legalización o, en su caso, apostilla) están lógicamente destinados a comprobar la regularidad externa del documento: acreditación de la autoridad interviniente y de la calidad en la que ésta actúa. Y esta regularidad puede comprobarse tanto de oficio como a instancia de parte. La condición de autenticidad por

<sup>&</sup>lt;sup>559</sup> CONC.: Art. 172 Ley DIPr panameño; art. 73 Proyecto dominicano.

excelencia es la legalización del documento, práctica que tiende a suavizarse, e incluso a eliminarse, a través de la cooperación internacional. Consiste dicho acto en la certificación por un funcionario público de la autenticidad de la firma de un documento público otorgado por autoridad extranjera, así como de la condición o cualificación de la autoridad en cuestión. Respecto a las soluciones previstas en los Convenios internacionales debe indicarse que la tendencia apunta a una supresión de todos los requisitos formales, llegando incluso a desaparecer el trámite de la apostilla, de modo que se opera en la "confianza" de la corrección del mismo.

Especialmente problemática en relación con la legalización puede ser la cuestión del documento concreto que tiene que cumplir con esta exigencia. En este sentido, la práctica demuestra que, en alguna ocasión, el documento cuya eficacia pretende hacerse valer en el Estado de recepción viene acompañado de un certificado emitido por las autoridades del Estado de origen del documento (en el que se acredita que el documento cumple con las exigencias y requisitos previstos en este Derecho) y es precisamente este certificado (y no el documento originario) el que aparece legalizado. El problema, evidente, consiste en saber si resulta suficiente esta legalización. En efecto, si con la legalización lo que se pretende es que quede acreditada la regularidad externa del documento en relación a la autoridad que lo otorgó, nada obstaría a que sea una autoridad (establecida por el Derecho del Estado de origen) la que lo autentifique, siempre que, posteriormente, a su vez, quede acreditada la cualidad de la autoridad extranjera certificante.

En todo caso, resulta importante resaltar que la ausencia de legalización de un documento, cuando ésta sea exigida, no determina por sí misma la ineficacia total de éste, sino únicamente que el mismo tendrá los efectos propios de los documentos privados o un valor probatorio debilitado.

**444.** De entre los distintos textos internacionales merece un tratamiento aparte, por su alcance, el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, que suprime entre los Estados parte la exigencia de legalización de los documentos públicos y que tiene un alcance cuasi—universal<sup>560</sup>. El Convenio se aplica a todo documento público que haya sido autorizado en el territorio de un Estado contratante y que deba ser presentado en el territorio de otro Estado contratante, excluyéndose los documentos otorgados ante autoridades diplomáticas y consulares y los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera.

La Convención de la Haya suprime el requisito de legalización diplomática y consular de los documentos públicos a través de la colocación en el documento público una apostilla o anotación que certificará la autenticidad del origen del documento público. Hay que tener en cuenta que nunca certificará su contenido. La "apostilla" o legalización única, cuyo modelo se acompaña como anexo al Convenio, debe cumplir los requisitos de forma y presentación previstas en el Convenio, siendo de destacar que puede venir consignada únicamente en el idioma de la autoridad que la expida, aunque debe hacerse constar en francés en todo caso, el título

<sup>&</sup>lt;sup>560</sup> Dentro del área OHADAC han suscrito la Convención: Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Colombia, Costa Rica, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, San Cristobal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago y Venezuela.

"Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)". Conviene recordar que la exigencia de la apostilla no empece la posibilidad de eludir su exigencia en el caso que dos Estados parte la hayan eliminada a través de un acuerdo bilateral.

445. El requisito previsto en el párrafo 2°, ap. iii) presupone el cumplimiento en el otorgamiento o confección del documento de los requisitos exigidos en el lugar de otorgamiento. Esta condición supone verificar, como presupuesto previo para su eficacia, la regularidad intrínseca del documento desde la perspectiva del cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley del Estado de origen del mismo. Esta remisión a la ley del lugar del otorgamiento, como norma rectora de la regularidad del documento, presupone la preceptiva intervención de una autoridad en su otorgamiento, lo que supone, a su vez, la operatividad de la regla *auctor regit actum*. El contenido de dicha regla se resume en el deber que tiene la autoridad pública de aplicar su propio Derecho a la hora de formalizar o documentar un determinado acto. Razones de soberanía, en sentido estricto, han justificado de siempre este principio que no se opone, en la regulación de la forma de los actos, al principio *locus regit actum*, pues en la mayor parte de los casos, la ley nacional de la autoridad pública suele coincidir con el lugar de otorgamiento del acto.

Partiendo de la vinculación entre la autoridad pública y el documento que otorga, también parece necesaria la vinculación entre la ley que atribuye la competencia a dicha autoridad y el sometimiento de esta a las reglas que dicha ley establece, en tanto en cuanto establezca las condiciones y requisitos para otorgar documentos. Considerados ambos elementos, resulta fácilmente deducible la conveniencia de una conexión basada en la ley de la autoridad como Derecho rector del propio documento.

La ley del lugar del otorgamiento es una opción mayoritariamente seguida en el Derecho comparado. Las razones son variadas. Por una parte, debe considerarse el punto de confluencia en la *lex loci actum* del documento y de la forma de los actos: estos tradicionalmente han quedado sometidos a la *lex loci regit actum*<sup>561</sup>, y esta ley requiere en muchas ocasiones la formalización de dichos actos precisamente en documentos públicos. Esta confluencia explica, por tanto, la vinculación entre documentos y forma de los actos. Por otra parte, desde un punto de vista práctico, sólo existiría diferencia entre la aplicación de la *lex loci* o de la regla *auctor* cuando se trate de documentos otorgados por autoridades diplomáticas y consulares de un Estado acreditadas en otro Estado. El párrafo 2º, ap. iii) también contempla el caso de la eficacia en el Estado de recepción de los documentos otorgados por autoridades diplomáticas o consulares extranjeras acreditadas en el Estado de recepción o en otro país, a partir de la regla *auctor*, que sigue sirviendo como pauta de solución.

En cualquier caso, la regla *auctor* sólo significa que la ley de la autoridad es la que establece el marco y condiciones de actuación de la autoridad, pero de ella no cabe derivar la obligación de una aplicación exclusiva de su Derecho material. En este sentido, cabe pensar en supuestos en los que la regla *auctor* permite la aplica-

<sup>&</sup>lt;sup>561</sup>Vid. M. Requejo Isidro, Ley local y forma de los actos en el DIPr español, Madrid, Eurolex, 1998, pp. 35 et seq.

ción de leyes extranjeras para determinados aspectos relacionados con el otorgamiento o confección del documento.

446. Una cosa es el ámbito de aplicación del párrafo 2°, iii), aplicable a la "regularidad" o "validez" del documento, como presupuesto previo y necesario para que este pueda producir sus efectos y otra el alcance del control que debe efectuarse para verificar la regularidad del mismo. Ciertamente, para que un documento sea considerado como "público" no sólo se requeriría la intervención de una autoridad pública competente, que actúe en el ejercicio de sus funciones, sino también que el documento cumpla con las exigencias previstas por la ley del Estado al que pertenece la autoridad actora<sup>562</sup>. Si esto es así, el problema que surge inmediatamente es el alcance y procedimiento del control que debe realizarse en el Estado del reconocimiento sobre la "regularidad" de dicho documento: se trata de saber si la eficacia probatoria de un documento público extranjero está supeditada a un control riguroso y exhaustivo sobre todos los elementos que, en puridad, conceden a dicho documento la cualidad de público, particularmente, los que se refieren al control de la competencia de la autoridad que autorizó el documento y a la aplicación de los requisitos formales exigidos por la ley de dicha autoridad. Respecto de la autoridad, ésta ha de ser una autoridad pública (o habilitada como tal en el Estado de origen), ha de actuar en el ámbito de su competencia y funciones y ha de "autorizar" el documento, es decir, ha de ser el autor del documento, no un mero legitimador de firmas de un documento otorgado por las partes. Los restantes requisitos que garantizan la validez formal del documento se refieren a la actividad de la autoridad pública y al modo y solemnidades concretas con las que deben documentarse las declaraciones de voluntad o los hechos de los que se pretende dar fe. Si seguimos una interpretación estricta del párrafo que se comenta, parece clara la exigencia del cumplimiento de todos estos extremos para la consideración del documento como documento público, como presupuesto necesario no sólo para su eficacia probatoria "reforzada", sino, y con más rigor, para cualesquiera otro de los efectos del documento (registral, ejecutivo). El problema estaría en las posibilidades reales y el procedimiento y modo concretos de efectuar este control sobre la validez o nulidad formal del documento público.

La constatación de la regularidad del documento en el Estado de origen lleva a tener que analizar, conforme a ese Derecho, si el defecto, la omisión o la irregularidad observada es realmente causa de nulidad formal del documento en dicho Estado. En este sentido, puede ocurrir que la inobservancia por parte de la autoridad de las reglas de competencia a la hora de otorgar el documento no sea causa de nulidad del documento conforme al Derecho del Estado de origen. El problema puede llevarse incluso a supuestos en los que podría detectarse una vulneración de las normas de Derecho internacional público, sobre ejercicio extraterritorial de sus funciones por parte de notarios o de cónsules sin contar con autorización o en contra de lo dispuesto por la ley del Estado donde actúa. En estos casos, de demostrar-

<sup>&</sup>lt;sup>562</sup> P. Gothot y D. Holleaux, *La Convención de Bruselas de 27 Septiembre 1968*, (trad. de I. Pan Montojo), Paris, Júpiter, 1985, p. 229; J. Maseda Rodríguez, "El concepto de documento público: jurisdicción territorialmente competente para la ejecución en el marco del Convenio de Bruselas de 1968", *La Ley: Unión Europea*, 1999, nº 4829, pp. 1-6, p. 2.

se una verdadera vulneración de soberanía de este Estado, habría que considerar la primacía del Derecho internacional público sobre lo dispuesto en la ley del Estado de origen.

**447.** Cuestión diferente es que los documentos públicos extranjeros, una vez cumplimentados los controles previstos en los apartados i), ii) y iii) del parráfo 2°, se equiparen a los documentos públicos del Estado de recepción en cuanto revestidos de la "presunción de veracidad", relativa a los hechos que aparecen documentados, y de la que se deriva la especial fuerza probatoria de los documentos públicos<sup>563</sup>. Tal privilegio, que determina la eficacia del documento hasta que se impugne y declare su falsedad, es consecuencia directa de la existencia de un documento público que ha cumplimentado los controles exigidos relativos a acreditar la autenticidad del mismo y a acreditar que se han observado las exigencias establecidas por la ley del Estado de origen para que produzca plena fuerza probatoria en este Estado.

En este contexto, el párrafo 2º, iv) exige para la eficacia de los documentos extranjeros en el Estado de la recepción que el mismo haya cumplimentado los requisitos necesarios en el Estado de origen para que el documento "haga prueba plena de la firma y de su contenido". La posición privilegiada que los documentos públicos tienen como medio de prueba presupone la intervención de la autoridad en una calidad determinada, de modo que no sólo se limita a legitimar las firmas de las personas que intervienen en el acto que se documenta sino que la fe pública de la autoridad se extiende al propio contenido del instrumento. Se parte, por tanto, de un modelo notarial basado en el sistema latino. Con ello se presupone, en primer lugar, la regularidad del documento en el Estado de origen en los términos que se ha señalado o, al menos, una irregularidad que no afecte a su eficacia probatoria conforme a ese Derecho; pero también, en segundo lugar, un control de "equivalencia" del documento, de modo que para que haga "prueba plena" en el Estado de la recepción tiene que acreditarse tal condición en su Estado de origen. Si no se supera el test de la equivalencia ello no supone un rechazo a los documentos extranjeros, sino una reordenación de los mismos en el tipo de documento que mejor se acomode a sus características en origen (v.gr., con fuerza probatoria de documentos privados).

Se introduce aquí un sistema de doble control de la fuerza probatoria: el primero, conforme a la ley del documento (la ley de la autoridad que lo haya emitido) para verificar su alcance en el Estado de origen; el segundo, conforme la ley del Estado de la recepción, para ubicar el documento en el lugar que le corresponda a la prueba documental conforme a este Derecho. Este doble control produce, a su vez, un doble efecto: positivo, de modo que el documento autorizado en el Estado de origen debe tener el mismo efecto que tendría el documento equivalente autorizado en el Estado de acogida; negativo, no estaría justificado que el Estado de acogida re-

<sup>&</sup>lt;sup>563</sup> Deben distinguirse, por tanto, dos conceptos: la "presunción de autenticidad" (relativo a la autoría del documento) y la "presunción de veracidad" (relativa a los hechos narrados; *vid*.Ch. Reithmann, en Ch. Reithmann y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 1996, pp. 510-511).

chazara o restringiera el valor probatorio de un documento equivalente autorizado en el Estado de origen.

Las dificultades de la puesta en práctica de este control están mediatizadas por el tipo de documento ante el que nos encontremos, según se limiten a constatar hechos (actas de notoriedad) o incorporen declaraciones de voluntad (escritura de un contrato) o actos o negocios jurídicos (certificaciones registrales de matrimonio). En estos últimos casos, se presentan más dificultades para el control de equivalencia dado que el documento está mediatizado por un control de legalidad.

Lo determinante a la hora de valorar la "prueba plena" en juicio es que, de acuerdo con la ley de origen, el documento tenga una posición jerárquicamente superior dentro de los medios de prueba (no pueda desvirtuarse con otros medios, como ocurre con la fuerza probatoria otorgada a la prueba testifical en el sistema anglosajón). Es más, la propia formulación y alcance del criterio de la "prueba plena" debería llevarnos a pensar en un régimen de prueba tasada, no quedando sometida, por tanto, a la libre valoración de la prueba o valoración conjunta con los restantes instrumentos probatorios.

448. Una adecuada comprensión del alcance del precepto comentado requiere deslindar dos conceptos que, aunque están lógicamente vinculados, son diferentes y tienen una regulación diversa en DIPr. De una parte, estarían los medios de prueba que se admitan para acreditar la existencia de una relación jurídica y, de otra parte, estaría la fuerza probatoria de estos medios (es decir, sus posibilidades de desvirtuación por otros medios o de impugnación dentro del proceso). De estos dos aspectos, el presente artículo sólo regula el segundo. En efecto, cuando un documento cumple con los requisitos estudiados del apartado 2 del presente art. 78 ese documento puede desplegar una fuerza probatoria plena; ahora bien, saber si el documento, en cuanto tal, es un medio de prueba adecuado de un determinado acto o negocio jurídico es una cuestión que queda fuera del ámbito de aplicación del precepto mencionado. Debe determinarse, entonces, cuál es la ley aplicable a los medios de prueba y todo apunta a inclinarse por una calificación "procesalista" de los medios de prueba, lo que conlleva la aplicación de la lex fori para determinar las pruebas admisibles, excepto para ámbitos concretos, para los que se defiende la aplicación de la lex causae (ley rectora de la relación) si los medios de prueba previstos en la *lex fori* desvirtúan las prohibiciones establecidas por aquella ley.

449. El contorno de la fe pública determinado conforme a la ley del documento sirve de delimitación para verificar cuáles de los hechos narrados necesitan, para que pierdan su eficacia probatoria, que se ataque previamente la veracidad del documento y cuáles, a pesar de estar contenidos en el documento, pueden ser desvirtuados a través de cualquier otro medio de prueba, sin necesidad de atacar el documento. En concreto, entrarían dentro de este último sector aspectos tales como la simulación del negocio jurídico documentado, los vicios del consentimiento en su formación o incluso la veracidad intrínseca de las declaraciones de voluntad realizadas por los otorgantes. Con carácter general, todas estas circunstancias quedan fuera de la protección de la fe pública porque a lo que se refieren es a la validez y eficacia del acto o negocio documentado, cuestión que, como señala el propio pá-

rrafo 3º de este art. 78 quedará sometida a su propio Derecho rector. Con ello queda claro que, al margen de que la ley del documento pudiera extender la fe pública de la autoridad a las valoraciones jurídicas que esta realice sobre aspectos tales como la capacidad de las partes o la validez del negocio o de la relación jurídica, introduciendo una presunción de validez del mismo, tal presunción no será tenida en cuenta. De este modo, con el documento público puede probarse, por ejemplo, que las partes comparecieron ante el notario y emitieron unas determinadas declaraciones de voluntad con la intención de celebrar un contrato; ahora bien el documento no sirve para probar la propia validez del contrato, porque ello requeriría que quedase constatado un acuerdo de voluntades real (no simulado) y no viciado (por error, dolo o intimidación). Conforme a lo señalado, la primera circunstancia (el hecho de que se hubieran emitido o no las declaraciones de voluntad) dejar de estar acreditada si se impugna la veracidad del documento; por el contrario, el segundo aspecto (el relativo a la validez misma de un contrato) se verificará si se acreditan cumplimentados los requisitos para la válida constitución del mismo, lo que equivale a decir que no hacen prueba las calificaciones jurídicas que realiza el notario.

En relación con esto, debe también tenerse en cuenta que la extensión de la fe pública puede variar cuando lo que aparezca contenido en el documento no sean declaraciones de voluntad (propias de los documentos dispositivos), sino declaraciones de ciencia (propias de los documentos testimoniales o de actas notariales: por ejemplo, una fe de vida). La referencia prevista en párrafo 3º únicamente en relación con las "declaraciones de voluntad", no debe interpretarse como una negación de efectos probatorios de los hechos que documente el notario, ya que no habría motivo para denegar dicha eficacia probatoria respecto de documentos extranjeros, siempre, lógicamente, que en su Estado de origen, tales documentos también hagan prueba de dichos hechos. La razón de que estos últimos no estén expresamente previstos en referido párrafo 3º es dejar claro que, en lo que se refiere a los documentos dispositivos, una cosa es la prueba de las declaraciones de voluntad y otra cosa es la propia existencia y eficacia del negocio jurídico de que se trate. Por este motivo, tiene pleno sentido mencionar únicamente este tipo de documentos, ya que los meramente testimoniales sólo pueden probar los hechos a los que se refieren, pero en ningún caso plantearán un problema de validez propio de los negocios jurídicos, por lo que no se suscitará la aplicación de las normas de capacidad, fondo y forma rectoras de estos.

Art. 79. *Traducción*. Sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales o leyes especiales,a todo documento redactado en idioma que no sea oficial en el Estado de la recepción, se acompañará la traducción del mismo.

Dicha traducción podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugnare dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, el Secretario judicial ordenará, respecto de la parte que exista

discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado.

No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó.

**450.** Este precepto tiene lógicamente una aplicación supletoria respecto de las soluciones concretas que pudieran derivarse de los Convenios internacionales. Asimismo, considerando el alcance general de esta Ley de DIPr, la regla sobre traducción de este art. 79 debe entenderse sin perjuicio de las normas específicas contenidas en leyes sectoriales. Particularmente, en el ámbito registral puede flexibilizarse la exigencia de traducción, si así lo prevé la norma reguladora correspondiente, en aquellos casos en los que el encargado del registro conozca el idioma en el que está redactado el documento.

Asimismo, dependerá de cada sector concreto determinar las consecuencias que tiene la presentación de un documento no traducido: si ello supone su inadmisión, la incidencia que pueda tener sobre la continuación de un procedimiento judicial y las posibilidades y condiciones de subsanación de la ausencia de traducción.

**451.** El art. 79 establece la validez, como regla general, de la traducción privada y sólo en caso de impugnación deberá acudirse a una traducción oficial. Con ello se pretende evitar la utilización abusiva, y con una finalidad puramente dilatoria, de las impugnaciones de las traducciones privadas. Por ese motivo, se establece que los gastos se repercutirán en la parte que impugna en el caso de que la traducción oficial sea sustancialmente idéntica a la traducción privada presentada por la otra parte.

## TÍTULO V

#### **DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINAL**

Art. 80. Aplicación en el tiempo. 1. La presente ley se aplica a todos los procesos iniciados después de la fecha de su entrada en vigor, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Sin embargo, los hechos o actos jurídicos que hayan gestado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, pero que continúan produciendo efectos jurídicos, se rigen por la ley anterior para el periodo anterior a esta fecha y por la nueva ley para el periodo posterior.

2. Los jueces o autoridades caribeños que conozcan de acciones interpuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley seguirán siendo competentes si dicha competencia no está establecida en la presente ley.

Las acciones rechazadas por los jueces o autoridades caribeños por falta de competencia con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley pueden ser interpuestas de nuevo si la competencia está establecida por esta última ley, siempre que la pretensión sea susceptible de invocarse.

- 3. Las solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que estén pendientes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se rigen por ésta última en lo concerniente a las condiciones de reconocimiento y de ejecución.
- **452.** La aplicación en el tiempo de las normas de DIPr adquiere un especial relieve. Si las normas jurídicas y, en concreto, las propias de este ordenamiento, se dictan para regir una conducta futura proyectando el legislador unos determinados valores e intereses, dichas normas deben de contar con un instrumento normativo de carácter complementario que atienda a los hechos del pasado o a las situaciones de *facta pendentia*<sup>564</sup>.

Los sistemas estatales de DIPr se caracterizan por la inexistencia o la insuficiencia de dichos instrumentos (normas de Derecho transitorio) o por la proyección en los mismos de discutibles valores que, muchas veces, desvirtúan el propósito originario de la revisión legal que se ha operado. Las tradicionales normas transitorias, situadas confortablemente en los Códigos civiles, no pueden dar una respuesta coherente a estas cuestiones que no tienen un carácter exclusivamente sustantivo, sino procesal. Es bien sabido que la formulación de regla tradicional de la irretroactividad de la ley, dirigida exclusivamente al intérprete de la ley, procede de textos declarativos de derechos de la persona. Indudablemente, dicha regla se formuló

<sup>&</sup>lt;sup>564</sup> CONC.: Art. 196Ley DIPr suiza; arts. 126 y 127 Código DIPr belga; art. 72 Ley DIPr italiana; art. 3 Proyecto argentino.

como una reacción frente a las injusticias cometidas por leyes y por decisiones judiciales con efectos retroactivos, como un corolario del principio de legalidad y en favor del derecho del ciudadano a la seguridad jurídica. Es más, la regla pretende ser un sustento a la libertad civil y constituye un postulado de seguridad jurídica consustancial para el ejercicio del comercio. Es un planteamiento íntimamente ligado al fenómeno codificador y responde a sus objetivos de base: estabilidad y seguridad jurídica. Dicho en otros términos, la irretroactividad es una fórmula rígida, pero confortable, que es exponentes de una época donde el acento se colocaba en la seguridad jurídica; una fórmula que representa un factor de orden y de seguridad cuya existencia misma es una garantía del orden social<sup>565</sup>. La idea motriz en este período gravita en torno a que en una sociedad bien organizada toda persona debe realizar su actividad jurídica con plena conciencia de sus consecuencias. De ahí que la ley no deba tener efectos retroactivos, pues tal situación puede generar una incertidumbre ajena a la realidad de las cosas.

En la hora actual se han puesto de relieve las situaciones injustas a que la regla en su estado puro podría dar lugar<sup>566</sup>, así como el fracaso de un criterio apriorístico y general con vocación de resolver todos los supuestos de conflicto intertemporal que pudieran presentarse. Reconocer la aplicación inmediata de la nueva ley planteará siempre el problema de armonizar dicha aplicación a relaciones subsistentes al amparo de la ley anterior. Resulta, pues, imposible resolver la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la ley a partir de criterios axiomáticos y, en cualquier caso, la aplicación analógica de las disposiciones transitorias de los Códigos civiles a soluciones concretas no parece que sea la solución adecuada. Sobre todo en una época de profundos cambios legislativos. La regla general de la irretroactividad posee, por tanto, un carácter subsidiario que sólo podrá utilizarse cuando la nueva ley nada haya establecido en torno a su carácter retroactivo.

**453.** Por las razones expuestas, desde el punto de vista de la ley aplicable, esto es del Título III de la presente Ley, la irretroactividad está templada por dos excepciones. En primer lugar, el respeto a los derechos adquiridos que son reconocidos en, con las limitaciones oportunas en el **art. 71**. En segundo lugar, cuando los hechos o actos jurídicos controvertidos se hayan gestado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, pero que continúan produciendo efectos jurídicos. En este caso la solución más equitativa apunta a la aplicación de la ley anterior para el periodo anterior a esta fecha y por de la nueva ley para el periodo posterior<sup>567</sup>.

Esta solución es aceptada por la mayoría de los sistemas estatales de DIPr que se inclinan decididamente por la solución del problema con el concurso de las normas generales internas sobre irretroactividad de las leyes, pues no existe razón alguna

<sup>&</sup>lt;sup>565</sup>Cf. P. Level, Essai de systématisation sur les conflits des lois dans le temps, Paris, 1959, LGDJ, p. 290.

<sup>&</sup>lt;sup>566</sup> D. Donati, "II contenuto del principio della irretroattivitá della legge", *Riv. italiana per le Science Giuridice*, vol. LV, 1915, pp. 235–257 y 117–193.

<sup>&</sup>lt;sup>567</sup> Esta fórmula es la empleada por el art. 196.2° Ley DIPr suiza de 1987.

para desviarse de este criterio; si bien existen posiciones más matizadas<sup>568</sup>, incluso desde la perspectiva de un sistema concreto<sup>569</sup>. Ahora bien, cuando un legislador se decida a reformar las normas de DIPr, debe resaltarse en que esta iniciativa quedaría mermada si no incorpora normas transitorias que extiendan los nuevos valores a las situaciones constituidas con anterioridad sobre la base de la especialización de las materias reguladas. Indudablemente, la regla tradicional sigue siendo válida en materia de obligaciones contractuales. Mas otras instituciones requieren soluciones más específicas, sobre todo en el ámbito del Derecho de familia, que extiendan las conquistas jurídicas de una sociedad democrática a situaciones generadas con anterioridad (igualdad de los esposos y de los hijos ante la ley, eficiencia global de mercado, etc...).

**454.** Las cuestiones intertemporales relativas a la aplicación de las normas contenidas en el título III de la presente Ley se producen cuando existe un proceso iniciado, sobre la base de unos determinados foros de competencia y se produce un cambio normativo que afecta a dichos foros quitándole la competencia al tribunal que comenzó a entender del asunto. Para su resolución pueden utilizarse diversos cauces. De un lado, se ha operado a través de una transposición pura y simple de las soluciones propias de la sucesión de normas de conflicto, partiendo de una similitud entre los puntos de conexión y los foros de competencia y estar a las reglas del párrafo 1º de la norma que se comenta. De otro lado, fijando un momento decisivo (una fecha crítica) a partir del cual se entiende que, si existía competencia por parte de los tribunales, dicha competencia debe extenderse en el tiempo hasta que finalice el procedimiento, con independencia de la modificación normativa; dicha fecha contempla la posibilidad de que acciones rechazadas por los jueces o autoridades del foro por falta de competencia con anterioridad pueden ser interpuestas de nuevo si la competencia está establecida por esta última ley, siempre que la pretensión sea susceptible de invocarse<sup>570</sup>.

Razones de economía procesal, junto a la apreciación de la distinta naturaleza de las normas de competencia judicial y competencia legislativa, aconsejan mantener esta segunda posición a través del principio denominado de la *perpetuatio iurisdictionis*. En el DIPr, en ausencia de texto legal, se ha admitido con carácter general que la cuestión debía resolverse con arreglo al criterio expresado, a través de una aplicación extensiva de las soluciones imperantes en el plano de la competencia

<sup>568</sup> No todos los supuestos de sucesión en el tiempo de la norma de conflicto pueden solucionarse aplicando las mismas reglas. Podemos plantearnos una serie de hipótesis posibles: A) sucesión en el tiempo de normas de conflicto legislativas; b) sucesión en el tiempo de normas de conflicto de carácter jurisprudencial o consuetudinario; c) norma de conflicto legislativa en vigor, modificada por otra de carácter jurisprudencial o consuetudinario; d) norma de conflicto de carácter consuetudinario o jurisprudencial, modificada por otra posterior de carácter legislativo; e) norma de conflicto legislativa, modificada por otra contenida en un tratado internacional; f) sucesión en el tiempo de normas conflictuales de carácter convencional. Vid. F. A. Mann, "The Time Element in the Conflict of Law", British Yearb.Int'l L.,vol. XXXI, 1954, pp. 217–247; P. Roubier, Le droit transitoire (Conflits de lois dans le temps), 2ª ed.,Paris, 1960, pp. 23–29.

<sup>&</sup>lt;sup>569</sup> Fue la solución adoptada en Alemania, con la disposición transitoria que incluyó la Ley de reforma del *EGBGB* de 25 de julio de 1986, *REDI*,vol. XL, 1988, pp. 326–327

<sup>&</sup>lt;sup>570</sup> P. Roubier, "De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, 1960, pp. 525 *et seq*.

interna, justificándose tal resultado en el carácter indeclinable de la jurisdicción nacional.

**455**. En lo que se refiere a la eficacia de decisiones extranjeras recogida en el Título IV nos encontramos que el impacto del factor tiempo es especialmente intensa<sup>571</sup>. Esto se debe a la solución de continuidad que puede existir entre el momento en que se produce la decisión extranjera y aquel en que se presenta la solicitud para su cumplimiento, mediando entre ambos la entrada en vigor de la presente ley. De ahí que resulte oportuno considerar que las solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que estén pendientes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se rijan por ésta última en lo concerniente a las condiciones de reconocimiento y de ejecución.

## Art. 81. Disposición derogatoria. Se derogan todas las disposiciones anteriores que regulen la materia objeto de esta Ley y le sean contrarias.

**456.**Las normas derogatorias no hacen referencia a una determinada conducta, sino a la validez de las normas anteriores<sup>572</sup>. Como es habitual en las leyes de DIPr, sobre todo en aquéllas que poseen una vocación de regulación global se incluye un precepto en virtud del cual se limita en el tiempo la aplicabilidad de las leyes anteriores, restringiendo su vocación reguladora aunque sin anular la aplicabilidad de las normas derogadas, como se detalla en las normas transitorias del **art. 80.** 

Este precepto se inclina por el mecanismo de la derogación tácita y respetando a la existencia de una incompatibilidad entre las leyes anteriores y la presente Ley, caso de ser adoptada total o parcialmente. Tiene como efecto limitar en el tiempo la vigencia de una norma, es decir, suspender su aplicación y capacidad regulatoria, aunque en todo caso el precepto sigue amparado por una presunción de validez respecto de las situaciones ocurridas durante su vigencia. Cuando se deroga tácitamente una disposición, como en el presente caso, no se está frente a una omisión del legislador sino que al crear una nueva norma ha decidido que la anterior deje de aplicarse siempre que no pueda conciliarse con la recientemente aprobada. La opción por una derogación expresa implicaría confrontar la presente Ley con el resto del ordenamiento que la ha adoptado, lo que exigiría al legislador una dispendiosa labor a todas luces excesiva, pues la tarea legislativa debe concentrarse en los asuntos específicos definidos por el propio Parlamento, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas.

<sup>&</sup>lt;sup>571</sup>Cf. A. Remiro Brotóns, Ejecución de sentencias extranjeras en España, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 65 et sea.

<sup>&</sup>lt;sup>572</sup> H. Kelsen, "Derogation", *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis, Bob Merrill Hill Co, 1962, pp. 339-355.

## LEY MODELO OHADAC DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

#### TÍTULO I\*

#### **Disposiciones comunes**

- **Art. 1.** *Objeto de la Ley*. 1. El objeto de la presente Ley es la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial. Dicha Ley rige, en particular:
- i) La extensión y los límites de la jurisdicción caribeña.
- ii) La determinación del Derecho aplicable.
- iii) Las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras.
- 2. Son internacionales las relaciones privadas que presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico a través de sus elementos constitutivos, correspondientes a la persona de sus sujetos, a su objeto, o a su creación.
- **Art. 2.** *Materias excluidas*. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley
- i) Las materias, fiscales, aduaneras y administrativas.
  - ii) La Seguridad Social.
  - iii) El arbitraje comercial.
- iv) La quiebra y otros procedimientos análogos.
- **Art. 3.** *Tratados internacionales.* 1. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán en la medida en que sean conformes con lo

- dispuesto en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte. En caso de contradicción prevalecerán las disposiciones de los tratados.
- 2. En la interpretación de tales tratados, se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme.
- **Art. 4.** Leyes especiales. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán a reserva de lo dispuesto en Leyes especiales reguladoras de relaciones privadas internacionales. En caso de contradicción prevalecerán éstas últimas.
- **Art.** 5. Determinación del domicilio y de la residencia habitual. 1. A los efectos de la presente Ley se entiende por:
- i) Domicilio: el lugar de residencia habitual:
  - ii) Residencia habitual:
- a) El lugar donde una persona física esté establecida a título principal, incluso aunque no figure en registro alguno y aunque carezca de autorización de residencia. Para determinar ese lugar se tendrá en cuenta, en particular, las circunstancias de carácter personal, familiar o profesional que demuestren vínculos duraderos con dicho lugar.
- b) El lugar donde una persona jurídica o moral tenga su sede social, administración central o su centro de actividad principal.
- c) El lugar donde esté situada la administración de un trust o el centro de sus principales intereses.
- Ninguna persona física puede tener dos o más domicilios.

<sup>\*</sup>Observación general: Las referencias a "Caribe" o "caribeñas" del la presente Ley hacen referencia al Estado y a las relaciones conectadas con el Estado que decida incorporar la Ley Modelo.

### TÍTULO II

### Extensión y límites de la jurisdicción caribeña en materia civil y comercial

#### Capítulo I

### Ámbito de la jurisdicción caribeña

- **Art. 6.** Alcance general de la jurisdicción. Los tribunales caribeños conocerán de los juicios que se susciten en territorio caribeño entre caribeños, entre extranjeros y entre caribeños y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.
- 2. Los extranjeros tendrán acceso a los tribunales caribeños en condiciones de igualdad con los nacionales y gozarán del derecho a una tutela judicial efectiva. Ninguna caución ni depósito, sea cual fuere su denominación, podrá imponerse ya sea por razón de su condición de extranjeros, ya por falta de domicilio o residencia en el país en caso de ser demandantes o intervinientes ante los tribunales caribeños.
- 3. Son válidos los acuerdos de elección de foro jurisdiccional cuando el litigio tenga carácter internacional. Se entenderá por litigio internacional aquel que tenga un elemento de extranjería jurídicamente relevante conforme se define en el párrafo segundo del art. 1 de la presente ley.
- **Art. 7.** Inmunidad de jurisdicción y de ejecución. 1. El alcance del artículo anterior se determinará sin perjuicio de los supuestos de inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus órganos establecidos por las normas del Derecho internacional público. En materia civil y comercial los tribunales caribeños aplicarán con carácter restrictivo el ámbito de esta inmunidad limitándola exclusivamente a los actos que impliquen el ejercicio del poder público (actos iure imperii)
- 2. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de los agentes diplomáticos acreditados en Caribe se regulará por los en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.
- 3. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de las Organizaciones

internacionales de las que sea miembro Caribe se determinan por sus tratados constitutivos. Los agentes de dichas Organizaciones internacionales se benefician de dichas inmunidades en los términos previstos por estos tratados.

- **Art.** 8. Excepción de arbitraje 1. En caso de que un litigio cubierto por un convenio de arbitraje se lleve ante un tribunal caribeño cuando se ha llevado ya ante un tribunal arbitral, el tribunal caribeño declara la demanda inadmisible.
- 2. En caso de que un litigio cubierto por un convenio de arbitraje se somete a un tribunal caribeño cuando no se ha sometido todavía ante un tribunal arbitral, el tribunal caribeño declara la demanda inadmisible salvo que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o inaplicable.

## Capítulo II Foros de competencia

- **Art. 9.** Competencias exclusivas. Los tribunales caribeños serán competentes con carácter exclusivo en las siguientes cuestiones:
- i) derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se encuentren en territorio caribeño:
- ii) constitución, validez, nulidad o disolución de una sociedad o de una persona jurídicaque tenga su domicilio en territorio caribeño, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos cuando éstos afecten a su existencia *erga omnes* y a sus normas de funcionamiento.

constitución, validez, nulidad, extinción así como la existencia hacia terceros de un trust domiciliado en territorio caribeño.iv) validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro caribeño;

- v) inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a deposito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en Caribe el depósito o registro;
- vi) reconocimiento y ejecución en territorio caribeño de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero;

- vii) medidas conservatorias que sean ejecutable en Caribe;
- viii) los procesos relativos a la determinación de la nacionalidad caribeña.
- Art. 10. Prórroga de competencia a la jurisdicción caribeño. 1. La competencia general de los tribunales caribeños es prorrogada cuando éstos o alguno de éstos son designados de manera expresa o tácita por las partes, salvo que el litigio verse sobre una de las materias previstas por los artículos 9 y 13, a las que no se puede derogar por acuerdo de las partes.

La sumisión en las materias contempladas en los apartados iv), v) y vi) del art. 14 sólo será válida si:

- i) Se fundamenta en un acuerdo de elección de foro posterior al nacimiento del litigio; o
- ii) Ambos contratantes tenían su domicilio en Caribe en el momento de celebración del contrato; o
- iii) El demandante sea el consumidor, trabajador, asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro.
- 2. La competencia así establecida se extenderá a la propia validez del acuerdo de elección de foro, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el apartado siguiente.

El acuerdo de elección de foro es aquel por el cual las partes acuerdan someter a los tribunales caribeños o a uno de ellos cualquier litigio que hubiera surgido o que pudiera surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o delictual. Salvo pacto entre contrario entre las partes, el acuerdo de elección de foro establece una competencia exclusiva.

El acuerdo de elección deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de castas, faxes, telegramas, correos electrónicos u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Se considerará que hay acuerdo escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y defensa dentro del proceso iniciado en Caribe, en los cuales la existencia del acuerdo venga afirmada por una parte y no negado por la otra.

- Art. 11. Foro general del domicilio del demandado y competencia especiales 1. En materias distintas a las contempladas en el art. 8, y si no mediara sumisión válida a los tribunales caribeños de conformidad con el art. 9, los tribunales caribeños resultarán asimismo competentes cuando el demandado tenga su domicilio en Caribe o se repute domiciliado en ella, de acuerdo a cualquiera de los foros establecidos en los artículos 13 y 14
- 2. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los tribunales caribeños cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en Caribe, siempre que la demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que aconsejen su acumulación.
- Art. 12. Derogatio fori. Cuando la competencia de los tribunales caribeños resulte del art. 11, dicha competencia puede descartarse por acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal o de los tribunales de un país extranjero. En ese caso, los tribunales caribeños suspenderán el procedimiento en tanto el tribunal ante el cual se ha llevado el litigio con base al acuerdo de elección de foro no se declare incompetente
- **Art. 13.** Derecho de la persona y de la familia. Sin perjuicio de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales caribeños serán competentes:
- i) en materia de declaración de desaparición o fallecimiento, cuando la persona sometida a tal medida hubiere tenido su última residencia habitual en territorio caribeño; los tribunales caribeños conocerán también de la declaración de desaparición o fallecimiento cuando se trate de una cuestión incidental a la causa principal de la que estén conociendo;
- ii) en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapaces, cuando el menor o incapaz tenga su domicilio/residencia habitual en el Caribe;
- iii) en materia de medidas de protección de la persona o bienes de los mayores, cuando el mayor tenga su domicilio/residencia habitual en el Caribe—si se quiere una norma especial sobre mayores;

- iv) en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda, o hayan tenido su última residencia habitual común en Caribe y el demandante continúe residiendo en Caribe al tiempo de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad común caribeña:
- v) en materia de filiación cuando el hijo tenga su residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda, o el demandante sea caribeño y resida habitualmente en Caribe desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda;
- vi) en materia de constitución de la adopción, el adoptando resida habitualmente en Caribe o cuando adoptante y adoptando posean la común nacionalidad caribeña;
- vii) en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio caribeño y cuando la acción alimenticia se plantee dentro de un procedimiento relativo al estado civil para el que los tribunales caribeños posean competencia.
- **Art. 14.** *Derecho patrimonial.* 1. En defecto de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales caribeños serán competentes en las siguientes materias:
- i) obligaciones contractuales, cuando estas hayan nacido o deban cumplirse en Caribe;
- ii) obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido o pudiere producirse en territorio caribeño o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en Caribe; también serán competentes los tribunales caribeños que resulten competentes en materia penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil por daños derivados del ilícito penal;
- iii) litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento comercial, cuando éstos se encuentren en territorio caribeño:
- iv) contratos celebrados por consumidores, cuando el consumidor tenga su domicilio en Caribe y la otra parte ejerciere actividades profesionales en Caribe, o por cualquier medio hubiere dirigido su actividad comercial hacia Caribe y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades.

- En otro caso, se aplicará la regla contenida en el apartado i);
- v) seguros, cuando el asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en Caribe; también podrá ser demandado el asegurador ante los tribunales caribeños si el hecho dañoso se produce en territorio caribeño y se trata de un contrato de seguro de responsabilidad civil o referido a bienes inmuebles o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Juzgados o tribunales caribeños fueran competentes para conocer de la acción de la víctima contra el asegurado en virtud del apartado ii).
- vi) acciones relativas a bienes muebles, si estos se encuentran en territorio caribeño al tiempo de la demanda;
- vii) sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio caribeño o posea bienes inmuebles en Caribe.
- 2. En los contratos de trabajo, los empleadores podrán ser demandados ante los tribunales caribeños si el trabajo se desempeñare habitualmente en Caribe; o, en caso de que el trabajo no se desempeñase habitualmente en un único Estado, si el establecimiento que hubiese empleado al trabajador estuviere situado en Caribe.
- **Art. 15.** Forum necessitatis.1.Los tribunales caribeños son competentes cuando es demostrado que el litigio presenta une vinculación a Caribe hasta el punto que puede ser útilmente tratado en ellos y
- i) un juicio en país extranjero es *de jure* o *de facto* imposible, o
- ii) el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en el caso resulta denegada en Caribe.
- 2. Cuando el demandante esté domiciliado en Caribe o tenga la nacionalidad caribeña, se considera cumplido el criterio de vinculación útil.
- **Art. 16.** *Medidas conservatorias*. Los tribunales caribeños serán competentes cuando se trate de adoptar medidas conservatorias respecto
- i) de personas o bienes que se encuentren en territorio caribeño y deban cumplirse en Caribe;

- ii) de situaciones litigiosas que correspondan al ámbito de su competencia.
- **Art. 17.** *Incompetencia de los tribunales caribeños.* 1. No serán competentes los tribunales caribeños en aquellos casos en que las disposiciones de la presente ley o de los tratados internacionales de los que Caribe sea parte no les atribuyen competencia.
- 2. En caso de incomparecencia del demandado la excepción de incompetencia debe ser alegada antes de cualquier alegación en cuanto al fondo, so pena de que sea declarada inadmisible.
- 3. En caso de incomparecencia del demandado, los tribunales caribeños deben declararse incompetentes.
- 4. Los tribunales caribeños se declaran de oficio incompetentes cuando se lleva ante ellos una demanda para la cual los tribunales de otro Estado que haya adoptado la presente ley son exclusivamente competentes en virtud del art. 8.
- **Art. 18.** Forum non conveniens 1. Los tribunales caribeños pueden, a instancia del demandado, declinar su competencia en razón de hechos exteriores al territorio caribeño si:
- i) es útil recoger testimonios de personas que residen en el extranjero et que la recogida de esos testimonios en el extranjero o la comparecencia delos testigos ante el tribunal caribeño fuera excesivamente onerosa para una u otra de las partes; o
- ii) es útil que el juez proceda a verificaciones personales sobre hechos litigiosos
  - iii) cometidos en el extranjero.
- 2. Los tribunales caribeños declinan su competencia cuando la ley aplicable les supone poderes que no les confiere la ley caribeña y que habría que ejercer en el litigio del que se trate.
- Art. 19. Litispendencia. 1. Cuando con anterioridad a la presentación de la demanda ante la jurisdicción caribeño se hubiere formulado otra demanda entre las mismas partes, objeto y causa ante los tribunales de otro Estado, los tribunales caribeños suspenderán el procedimiento hasta tanto el tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera demanda decida sobre su competencia. Si el tribunal extranjero ante el que se formuló la

- primera demanda se declarase competente amparándose en un foro de competencia considerado como razonable por las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, el tribunal caribeño ante el que se hubiera presentado la segunda demanda declinará su competencia.
- 2. La excepción de litispendencia no se admite si la demanda se interpuso ante el tribunal caribeño en base a las disposiciones del art. 8. La excepción no se admite tampoco si la demanda se interpuso ante el tribunal caribeño en base a un acuerdo de elección de foro que es conforme al art. 9 y confiere exclusividad al foro elegido.
- Art. 20. Excepción de conexidad. Cuando dos demandas están ligadas entre sí por un vínculo tan estrecho que existe un interés en instruirlas y juzgarlas al mismo tiempo et si una es formulada ante un tribunal extranjero y la otra ante un tribunal caribeño, el tribunal caribeño puede, a instancia de una parte y toda vez que no se dé uno de los casos de competencia exclusiva previstos por los artículos 9 y 10, inhibirse a condición de que el tribunal extranjero sea competente para conocer de las demandas en cuestión y su ley permita que se juzguen juntas.
- **Art. 21.** Competencia interna. Cuando las jurisdicciones caribeñas son competentes en virtud de la presente ley, la competencia de atribución y la competencia territorial son, en caso de que sea necesario, determinadas por las disposiciones pertinentes del código de procedimiento civil.

En caso de haber disposiciones susceptibles de fundamentar la competencia territorial, ésta se determina por transposición de los foros de competencia internacional. Cuando esta transposición no permite determinar la competencia territorial, la demanda se interpone ante el tribunal elegido por el demandante en el respeto de las exigencias de buena administración de la justicia y de economía procesal.

## TÍTULO III Determinación del Derecho aplicable

## Capítulo Primero Normas reguladoras

## Sección Primera Persona

- **Art. 22.** *Goce y ejercicio de derechos.* 1. El nacimiento y el fin de la personalidad jurídica se rige por el Derecho caribeño.
- 2. El ejercicio de los derechos civiles se rige por la ley del domicilio.
- **Art. 23.**Capacidad y estado civil. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, la capacidad y el estado civil y de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio. No obstante, las condiciones especiales de capacidad prescritas por la ley aplicable a una determinada relación jurídica, se regirán por la ley rectora de esa relación jurídica.

Se exceptúan los supuestos de incapacidad regulados en el art. 50.

- 2. El cambio de domicilio no restringe la capacidad ya adquirida.
- **Art. 24.** Derechos de la personalidad. 1. La existencia y el contenido de los derechos de la personalidad se rigen por la ley del domicilio de la persona. No obstante, los derechos de la personalidad que deriven de una relación familiar o sucesoria se rigen por la ley aplicable a esta relación.
- 2. Las consecuencias de la violación de los derechos señalados en el párrafo anterior se rigen por la ley aplicable a la responsabilidad por hechos ilícitos.
- **Art. 25.** *Nombres y apellidos*. 1. Los nombres y apellidos de una persona se rigen por la ley del domicilio en el momento de su nacimiento.

No obstante, en el momento de la inscripción del nacido, los padres de común acuerdo o quién de ellos ostente la responsabilidad parental, podrán determinar que el nombre y los apellidos se rijan por la ley nacional del interesado.

2. En todo caso, la declaración de nacimiento de una persona y su inscripción en los correspondientes registros caribeños se rige por la ley caribeña.

**Art. 26.** Declaración de desaparición o de fallecimiento. La declaración de desaparición o de fallecimiento se rige por la ley del Estado donde la persona tuviere su domicilio antes de su desaparición.

La administración provisional de los bienes del desaparecido se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio el ausente tuviese su domicilio y, si ésta no puede determinarse, por el Derecho caribeño.

- Art. 27. Sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada. 1. Las sociedades comerciales y las empresas individuales de responsabilidad limitada se rigen por el Derecho de acuerdo con el cual se han constituido.
- 2. La ley aplicable a las sociedades comerciales y a las empresas individuales de responsabilidad limitada comprende:
- i) la existencia, capacidad y naturaleza de la sociedad;
  - ii) el nombre y sede social;
- iii) la constitución, disolución y liquidación;
- iv) la composición, los poderes y el funcionamiento de los órganos sociales.
- v) las relaciones internas entre los socios y las relaciones entre la sociedad y los socios; así como los deberes de carácter societario de los administradores.
- vi) la adquisición, pérdida y transmisión de la calidad de socio;
- vii) los derechos y obligaciones correspondientes a las acciones o participaciones y su ejercicio;
- viii) la responsabilidad de socios y administradores por la infracción de la normativa societaria o de los Estatutos sociales;
- ix) el alcance de la responsabilidad frente a terceros de la sociedad como consecuencia de la actuación de sus órganos.
- Art. 28. Traslado de la sede social. El traslado de la sede estatutaria de una sociedad comercial o de una empresa individual de responsabilidad limitada de un Estado a otro únicamente afectará a la personalidad en los términos permitidos por los Derechos de dichos Estados. En caso de traslado de sede

estatutaria al territorio de otro Estado, la sociedad se rige por el Derecho de dicho Estado a partir de dicho traslado.

## Sección Segunda Relaciones de familia

- **Art. 29.** Celebración del matrimonio. 1. La capacidad para contraer matrimonio se regirá por el Derecho del domicilio de cada contravente.
- 2. Los requisitos de fondo y forma de un matrimonio celebrado en Caribe se regirán por la ley caribeña.
- 3. Un matrimonio celebrado en el extranjero se reputará válido si lo es de conformidad con la ley del lugar de celebración o si es reconocido como tal por la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges
- Art. 30. Relaciones personales entre los cónyuges. Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por la ley del domicilio conyugal común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio; a falta de dicho domicilio, por la ley de la nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio y, en su defecto, por la ley del lugar de celebración del matrimonio.
- **Art. 31.** Relaciones patrimoniales en el matrimonio. 1. Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regirán por cualquiera de las leyes siguientes, elegidas por los contrayentes antes de la celebración del matrimonio:
- i) la ley de la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes el momento de la designación:
- ii) la ley del domicilio de cualquiera de los contrayentes en el momento de la designación:
- iii) la ley del domicilio de cualquiera de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

La elección de cualquiera de estas leyes deberá ser expresa y constar por escrito y se referirá a la totalidad del patrimonio conyugal.

- 2. A falta de una tal elección, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por la ley aplicable a las relaciones personales de conformidad con el art. 31 de la presente ley.
- 3. Los cónyuges podrán convenir por escrito durante el matrimonio someter su régimen matrimonial la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos.

Esta elección no podrá perjudicar los derechos de terceros.

- 4. La ley rectora de las relaciones patrimoniales entre cónyuges de conformidad con los apartados anteriores, sea elegida o no, será la aplicable hasta que los cónyuges no hayan elegido válidamente una nueva ley, con independencia de los posibles cambios en la nacionalidad o el domicilio de cualquiera de ellos.
- **Art. 32.***Nulidad del matrimonio*. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de la presente ley, las causas de nulidad del matrimonio y sus efectos se regirán por la ley aplicable a su celebración.
- **Art. 33.**Divorcio y separación judicial. 1. Los cónyuges podrán convenir por escrito antes o durante el matrimonio en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:
- i) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su domicilio común en el momento de la celebración del convenio;
- ii) la ley del Estado del último lugar del domicilio conyugal, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio:
- iii) la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio.
- 2. En defecto de elección, se aplicará la ley del domicilio común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; en su defecto, la ley del último domicilio conyugal común siempre que al menos uno de los cónyuges aún resida allí; en su defecto, la ley caribeña.
- 3. Una vez presentada la demanda, los cónyuges podrán decidir que la separación conyugal o el divorcio se rijan por la ley caribeña.

- **Art. 34.** *Uniones no matrimoniales.* 1. La ley del lugar de la constitución de las uniones no matrimoniales registradas o reconocidas por la autoridad competente regirá las condiciones de constitución o registro, los efectos sobre los bienes de la unión y las condiciones de disolución de la unión no matrimonial.
- 2. Los convivientes podrán convenir por escrito durante la vigencia de la unión someter su régimen patrimonial a la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos.

Esta elección no podrá perjudicar los derechos de terceros

- 3. Todo efecto de la unión que no tenga atribuida una solución específica por la presente ley se someterá a la ley de la residencia habitual de los convivientes.
- **Art. 35.** *Determinación de lafiliación.* 1. La filiación se regirápor la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del nacimiento.
- 2. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de interposición de una acción judicial de filiación si resultase más favorable al hijo.
- 3. El reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad será válido si se ajusta a la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del nacimiento o en el momento del reconocimiento, o a la residencia habitual o la nacionalidad de quien efectúa dicho reconocimiento.
- **Art. 36.** Adopción de menores. Se aplicará la ley caribeña a la adopción constituida por autoridad caribeña. No obstante, se tendrán en cuenta los requerimientos relativos a los consentimientos y autorizaciones necesarios exigidos por la ley nacional o de la residencia habitual del adoptando o del adoptante.
- **Art. 37**. Adopción de mayores. La adopción de un mayor de edad se regirá por la ley de su domicilio en el momento de la constitución.

#### Sección tercera

Protección de incapaces y obligaciones alimentarias

- **Art. 38**. Responsabilidad parental y protección de menores. 1. La responsabilidad parental u otra institución análoga se regirá por la ley de la residencia habitual del hijo.
- 2. Las medidas de protección sobre la persona o bienes de un menor se regularán por la ley de Caribe. No obstante, la autoridad competente podrá aplicar la ley de la residencia habitual del menor si es más favorable al interés superior del niño
- Será aplicable la ley caribeña para adoptar con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del menor incapaz
- 4. En la aplicación de las leyes mencionadas en los párrafos anteriores se tendrá imperativamente en cuenta el interés superior del niño
- **Art. 39.***Protección de incapaces mayores.*1. Los supuestos y los efectos de las medidas de protección de incapaces mayores de edad se regirán por la ley de la residencia habitual del incapaz.
- 2. Será aplicable la ley caribeña para adoptar con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del mayor incapaz.
- Art. 40. Obligaciones alimenticias. 1. Las obligaciones alimenticias se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. En caso de cambio de residencia habitual se aplica la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.
- 2. No obstante, se aplicará la ley caribeña si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor conforme a la ley designada en el apartado 1.
- 3. La ley aplicable a la nulidad matrimonial, separación conyugal y divorcio, regirá las obligaciones alimenticias entre los cónyuges o ex cónyuges resultantes de tales situaciones.
- 4. En la aplicación de las leyes enumeradas en los apartados anteriores se tendrá en

todo caso en consideración la capacidad del deudor y la necesidad del acreedor.

## Sección cuarta Sucesiones y donaciones

- Art. 41. Sucesión por causa de muerte. 1. La sucesión por causa de muerte se rige por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, esta ley se aplicará a cualquier sucesión con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar donde se encuentren.
- 2. El testador podrá someter la totalidad de su sucesión a la ley de su domicilio o de su nacionalidad en el momento de la elección. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de forma indubitada de los términos de una disposición de ese tipo.
- 3. Los testamentos otorgados de conformidad con la ley del domicilio del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley rectora de la sucesión. En todo caso, las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga de los que pudieran ser beneficiarios el cónyuge o los hijos del causante se ajustarán, en su caso, a la ley rectora de la sucesión de conformidad con los apartados primero y segundo del presente artículo.
- 4. Los pactos sucesorios que afecten a una sola sucesión celebrados de conformidad con la ley del domicilio del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley rectora de la sucesión. Los pactos sucesorios que afecten a más de una sucesión se regirán por la ley del domicilio de cualquiera de los otorgantes elegida de forma expresa por todos ellos; en ausencia de elección, por la ley del domicilio común de los otorgantes en el momento de la celebración del pacto; en su defecto, por su ley nacional común y en defecto de esta, por la ley más estrechamente vinculada al pacto, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

En todo caso, las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga de los que pudieran ser beneficiarios el cónyuge o los hijos del causante se ajustarán, en su caso, a la ley rectora de la sucesión de conformidad con los apartados primero y segundo del presente artículo.

- 5. La partición de la herencia se rige por la ley aplicable a la sucesión, a menos que los llamados a la herencia hayan designado, de común acuerdo, la ley del lugar de la apertura de la sucesión o del lugar en que se encuentra la mayor parte de los bienes hereditarios.
- Art. 42. Forma de las disposiciones testamentarias. Las disposiciones testamentarias serán válidas en cuanto a la forma si se ajustan a lo dispuesto por la ley del lugar de disposición, o por la ley del domicilio del causante en el momento de la disposición o en el momento del fallecimiento, o por la ley nacional del causante en el momento de la disposición o en el momento del fallecimiento.
- **Art. 43.** Sucesión del Estado. Cuando la ley aplicable a la sucesión, en el caso de que no haya herederos, no atribuya la sucesión al Estado, los bienes sucesorios ubicados en Caribe pasa a ser propiedad del Estado caribeño.
- **Art. 44.** *Donaciones.* 1. Las donaciones se rigen la ley del domicilio del donante al momento de la donación.
- 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el donante puede, por declaración expresa conjuntamente con la donación, someterla a la ley de su nacionalidad.
- 3. La donación es válida, en cuanto a la forma, si es considerada como tal por la ley que rige su contenido o por la ley del Estado en donde se realiza.

# Sección Quinta Obligaciones contractuales

Art. 45. Autonomía de la voluntad. 1. El contrato se rige por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en su defecto, debe desprenderse de forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de la ley aplicable.

- 2. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por el que se regía anteriormente, independientemente de si la ley anterior era aplicable en virtud de una elección anterior o en virtud de otras disposiciones de la presente Ley. El cambio de la ley aplicable no afectará a los derechos de terceros.
- **Art. 46.** Determinación de la ley aplicable a falta de elección.1. Si las partes no hubieran elegido una ley aplicable, o si su elección resultara ineficaz, la ley aplicable al contrato se determinará por las siguientes disposiciones:
- i) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;
- ii) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;
- iii) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
- iv) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;
- v) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;
- vi) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;
- vii) el contrato que tenga por objeto principal la explotación de derechos de propiedad industrial o intelectual se regirá por la ley del país de explotación de los derechos en el caso de que estos sean relativos a un único país; cuando sean relativos a más de un país, se aplicará la ley de la residencia habitual del titular del derecho
- 2. Cuando el contrato sea distinto de los previstos en el apartado precedente, la ley aplicable será la del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.
- 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los

- apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.
- 4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.
- Art. 47. Contratos de trabajo. 1. La ley aplicable al contrato individual de trabajo será la elegida por las partes de conformidad con el art. 45, que sólo se aplicará en la medida en que no aminore los estándares de protección del trabajo previstos en la ley aplicable establecida de conformidad con el apartado siguiente.
- 2. Los contratos de trabajo se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la prestación laboral, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.
- 3. Cuando no pueda determinarse el lugar donde habitualmente se realiza la prestación laboral, la ley aplicable será la del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato.
- Art. 48. Contratos celebrados por consumidores. 1. Los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional o empresario que por cualquier medio dirija su actividad comercial al país de la residencia habitual del consumidor y se hallen comprendidos en el marco de tal actividad, quedan sometidos a las disposiciones siguientes.
- 2. La elección por las partes de la ley aplicable a tales contratos no podrá aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la ley de la residencia habitual del consumidor.
- 4. La ley aplicable al contrato en ausencia de elección conforme al art. 45, será la del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual.
- 3. Las reglas contenidas en los anteriores apartados serán aplicables a los contratos de seguros.
- **Art. 49.** *Ámbito de la ley aplicable*. La ley aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior comprende principalmente:

- i) su interpretación;
- ii) los derechos y las obligaciones de las partes;
- iii) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- iv) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- v) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato;
- vi) la adquisición y pérdida *inter partes* de un derecho real en los términos del art. 56.2°.
- Art. 50. Incapacidad. En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en Caribe, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley caribeña solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.
- Art. 51.Forma. 1. Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige dicho contrato según los artículos precedentes o con los fijados en el Derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.
- 2. Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige el contrato o con los previstos en el lugar donde se realiza la oferta o la aceptación o con los previstos en la ley del lugar de su ejecución.

## Sección Sexta Obligaciones extracontractuales

**Art. 52.** *Norma general.* 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la ley elegida por el responsable y la víctima. La elección de la ley

- aplicable deberá ser expresa o resultar de manera evidente de las circunstancias del caso.
- 2. En su defecto, se aplicará la ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión; no obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de ese país.
- 3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados precedentes, se aplicará la ley de este otro país.
- **Art. 53.** Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. 1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será:
- i) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país;
- ii) en su defecto, la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país;
- iii) en su defecto, la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país;
- iv) en su defecto, la ley del país en que radica el establecimiento del responsable.
- 2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado precedente, se aplicará la ley de este otro país.
- Art. 54. Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia. 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados.
- 2. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción

de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.

- 3. Los actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a los intereses de un competidor en particular se regirán por la norma general del art. 52.
- 4. Sólo será posible elegir la ley aplicable conforme al art. 52 en lo relativo a las consecuencias económicas que para las partes derivan de estas obligaciones extracontractuales.
- **Art. 55.** *Daño medioambiental*. La responsabilidad por daños medioambientales se regirá, a elección de la víctima, por la ley del lugar de manifestación del daño o del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño.
- **Art. 56.** Infracción de los derechos de propiedad intelectual. 1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de propiedad industrial, será la ley del país para el que se reclame la protección.
- 2. Sólo será posible elegir la ley aplicable conforme al art. 52 en lo relativo a las consecuencias económicas que para las partes derivan de estas obligaciones extracontractuales.
- **Art. 57.** Ámbito de la ley aplicable. La ley aplicable a la obligación extracontractual regula, en particular:
- i) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos;
- ii) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad;
- iii) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;
- iv) las medidas para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño;
- v) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización:
- vi) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente;

- vii) la responsabilidad por actos de terceros:
- viii) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

## Sección Séptima Bienes

- **Art. 58.** *Posesión y derechos reales.* 1. La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles, así como su publicidad, se rigen por la ley del Estado en el cual se encuentran los bienes.
- 2. La misma ley rige la adquisición, alteración y pérdida de la posesión, propiedad y demás derechos reales, salvo en materia sucesoria y en los casos en que la atribución de un derecho real dependa de una relación de familia o de un contrato. Se entenderá que el lugar de situación del bien es aquel en el que se encuentre el bien objeto del derecho en el momento de producirse el acto determinante de dichos efectos jurídicos.
- **Art. 59.** Derechos reales sobre los bienes en tránsito. Los derechos reales sobre los bienes en tránsito se rigen por la ley del lugar de su destino.
- **Art. 60.** Derechos reales sobre medios de transporte. Los derechos reales sobre automóviles, ferrocarriles, aeronaves o buques se rigen por la ley del país de su pabellón, matrícula o registro.
- **Art. 61.** Derechos de propiedad intelectual. Los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derechos de propiedad industrial, se regirán por la ley del país para el que se reclame la protección.
- Art. 62. Derechos sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta. Los derechos reales sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta se regirán por la ley del Estado en el que esté situada la cuenta principal, entendiendo por cuenta principal aquella en la que se realizan las anotaciones correspondientes.

## Capítulo II Normas de aplicación

- **Art. 63.** Determinación de la ley extranjera. 1. Los tribunales y autoridades caribeños aplican de oficio las normas de conflicto del presente Título o aquellas insertas en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.
- 2.Los tribunales y autoridades aplican la ley designada por la normas de conflicto designadas en el apartado anterior. Para este fin el juez puede utilizar:
- i) los instrumentos indicados por los convenios internacionales;
- ii) los dictámenes de expertos del país cuya ley se pretende aplicar;
- iii) los dictámenes de instituciones especializadas de Derecho comparado;
- iv) cualquier otro documento que acredite el contenido, la vigencia y la aplicación al caso concreto de dicha ley.
- 3. Si, incluso con el concurso de las partes, el juez no puede llegar a establecer la ley extranjera designada, determinará la ley aplicable mediante otros criterios de relación previstos eventualmente para la misma hipótesis normativa. En su defecto se aplica la ley caribeña.
- **Art. 64.***Interpretación.* 1. Los jueces y autoridades caribeños están obligados a aplicar la ley extranjera tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.
- 2. La ley extranjera se aplica según sus propios criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo.
- **Art. 65.** Derecho público extranjero. La ley extranjera reclamada por la norma de conflicto se aplica aunque esté contenida en una disposición de Derecho público.
- **Art. 66**. *Adaptación*. Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando

realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

- **Art. 67.** Exclusión del reenvío. La ley extranjera designada por la norma de conflicto es su ley material, con exclusión del reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otro Derecho, incluido el caribeño.
- **Art. 68.** Orden público. 1. No se aplica la ley extranjera si sus efectos son manifiestamente incompatibles con el orden público internacional. Dicha incompatibilidad se aprecia teniendo en cuenta la vinculación de la situación jurídica con el orden jurídico caribeño y la gravedad del efecto que produciría la aplicación de semejante ley.
- 2. Admitida la incompatibilidad, se aplicará la ley señalada mediante otros criterios de conexión eventualmente previstos para la misma norma de conflicto y, si esto no es posible, se aplicará la ley caribeña.
- 3. A los efectos de los párrafos precedentes se entiende por orden público internacional el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico caribeño y que reflejan los valores de la sociedad en el momento de ser apreciado.
- 4. El orden público caribeño comprende las disposiciones o principios imperativos no derogables por la voluntad de las partes.
- **Art. 69.** Disposiciones imperativas. 1. Las disposiciones del Capítulo I del presente Título no restringirán la aplicación de las normas cuya observancia Caribe considere esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación,.
- 2. Los tribunales caribeños pueden, si lo consideren pertinente, dar efecto a las disposiciones imperativas de otro Estado con el cual la relación jurídica tenga vínculos estrechos.

- Art. 70. Ordenamientos jurídicos plurilegislativos. 1. Si en el ordenamiento del Estado designado por las disposiciones normativas de la presente ley coexisten más de un sistema normativo con competencia territorial o personal, la ley aplicable se determina según los criterios utilizados por aquel ordenamiento.
- 2. Si tales criterios no pueden ser individualizados, se aplica el sistema normativo con el cual el caso concreto presente el vínculo más estrecho.
- Art. 71. Derechos adquiridos. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en Caribe, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

#### TÍTULO IV

Eficacia de las resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros

#### Capítulo I

## Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

- Art. 72. Concepto de resolución. Se entenderá por resolución cualquier decisión adoptada por un tribunal o autoridad equivalente de un Estado con independencia de la denominación que recibiere el procedimiento del que deriva la resolución o la resolución misma, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución.
- **Art. 73.** Reconocimiento y ejecución en general. 1. Para que una resolución pueda ser reconocida, deberá tener en el Estado de origen el efecto cuyo reconocimiento se pretende en el Estado requerido.
- 2. Para que una resolución pueda ser ejecutada, deberá ser ejecutoria en el Estado de origen.
- 3. El reconocimiento o la ejecución podrán ser pospuestos o denegados si la resolución ha sido objeto de un recurso ordinario en el

Estado de origen o si el plazo para interponerlo no hubiese expirado.

- 4. Cuando la resolución extranjera incluya partes que sean separables del resto, una o más de ellas serán susceptibles de ser reconocidas o ejecutadas por separado.
- **Art. 74.** *Causas de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones.* Las resoluciones extranjeras no se reconocerán:
- i) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público;
- ii) cuando la cédula de emplazamiento o documento equivalente no se hubiere entregado al demandado de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que el demandado hubiera comparecido sin impugnar la notificación en el tribunal de origen, siempre que la ley del Estado de origen permita que la notificación sea impugnada;
- iii) si se hubieran desconocido las disposiciones establecidas en el art. 9 de la presente ley o si la competencia del tribunal extranjero no estuviera basada en alguno de los criterios establecidos en el Capítulo II de esta ley o en una conexión razonable de naturaleza equivalente:
- iv) si un procedimiento entre las mismas partes que tuviera el mismo objeto y la misma causa estuviera pendiente ante un tribunal caribeño, cuando este procedimiento haya sido el primero en ser iniciado;
- v) si fueren inconciliables con una resolución dictada entre las mismas partes en Caribe;
- vi) si fueren inconciliables con una resolución dictada en otro Estado entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniere las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Caribe y hubiere sido adoptada con anterioridad o su reconocimiento hubiera sido ya declarado en Caribe:
- vii) si no reúnen los requisitos exigidos en el país en que ha sido dictada para ser considera como autentica y los que las leyes caribeños requieren para su validez.
- **Art. 75.** *Procedimiento*. 1. Las resoluciones extranjeras serán reconocidas por ministerio de la ley y sin que sea necesario recurrir

- a procedimiento alguno. El reconocimiento puede ser solicitado de forma incidental, por vía de reconvención, reclamación contra coparte, o de defensa.
- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, cualquier parte interesada podrá solicitar a la autoridad competente que decida sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución extranjera. En este caso el procedimiento de reconocimiento será el establecido por la legislación procesal para el execuátur.
- 3. Para elprocedimiento de execuátur serán competentes los tribunales de primera instancia. La decisión del Tribunal de Primera Instancia será susceptible de apelación.
- **Art. 76.** Adopciones pronunciadas en el extranjero. No se reconocerán las adopciones o las instituciones similares del Derecho extranjero cuyos efectos en orden al vínculo de filiación no sean sustancialmente equivalentes a los establecidos en el Derecho caribeño
- Art. 77.Inmunidad de ejecución. 1. De conformidad con las normas del Derecho internacional público sobre inmunidad de ejecución, los bienes y los activos que el Estado extranjero posea en el territorio caribeño no pueden ser objeto de medidas coercitivas a menos que los acreedores demuestren que están vinculados a una actividad de carácter exclusivamente económica. Los organismos y entidades públicas de un Estado extranjero cuyo patrimonio esté vinculado a una actividad económica relevante únicamente se beneficiarán de la inmunidad de ejecución en la medida en que acrediten que la deuda fue contraída por cuenta de dicho Estado por motivos relacionados con el ejercicio de la soberanía estatal.
- 2. La inmunidad de ejecución de los agentes diplomáticos acreditados en el Caribe se determina por lo tratados internacionales de los que Caribe sea parte y, en su defecto, por la costumbre internacional.
- 3. La inmunidad de ejecución de las Organizaciones internacionales de las que sea parte el Caribe se define por sus tratados constitutivos. Los agentes de dichas Organizaciones gozarán de inmunidad en los términos fijados por dichos tratados.

### Capítulo II

### Eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros

- Art. 78. Documentos públicos extranjeros.

  1. Se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles fuerza probatoria.
- 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:
- i) Que haya sido otorgado por una autoridad pública u otra autoridad habilitada en el Estado de origen para tal fin.
- ii) Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en Caribe.
- iii) Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado. Si dicho otorgamiento o confección se ha realizado por autoridad diplomática o consular acreditada en Caribe deberán observarse los requisitos de la ley del Estado que le confiere la competencia.
- iv) Que en el Estado de origen el documento haga prueba plena de la firma y de su contenido.
- 3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas caribeñas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.
- **Art. 79.***Traducción.* Sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales o leyes especiales, a todo documento redactado en idioma que no sea oficial en el Estado de la recepción, se acompañará la traducción del mismo.

Dicha traducción podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugnare dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, el Secretario judicial ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado.

No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó.

#### TÍTULO V

#### Disposiciones transitorias y final

**Art. 80.** Aplicación en el tiempo. 1. La presente ley se aplica a todos los procesos iniciados después de la fecha de su entrada en vigor, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Sin embargo, los hechos o actos jurídicos que hayan gestado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, pero que continúan produciendo efectos jurídicos, se rigen por la ley anterior para el periodo anterior a esta fecha y por la nueva ley para el periodo posterior.

2. Los jueces o autoridades caribeños que conozcan de acciones interpuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley seguirán siendo competentes si dicha competencia no está establecida en la presente ley.

Las acciones rechazadas por los jueces o autoridades caribeños por falta de competencia con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley pueden ser interpuestas de nuevo si la competencia está establecida por esta última ley, siempre que la pretensión sea susceptible de invocarse.

- 3. Las solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que estén pendientes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se rigen por ésta última en lo concerniente a las condiciones de reconocimiento y de ejecución.
- **Art. 81.** Disposición derogatoria. Se derogan todas las disposiciones anteriores que regulen la materia objeto de esta Ley y le sean contrarias.