ISSN N° 0719-6261

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Volumen 8, número 2
Segundo semestre 2022

ADIPRI
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

Volumen 8, número 2
Segundo semestre 2022

ADIPRI
Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado

Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado - ADIPRI

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

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

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

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

Directorio

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

Comité Científico

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

Consejo de Dirección

Edición: Jaime Gallegos Zúñiga

Asistentes de edición: Benjamín Monsalve Rey, Nicolás Lagos Morales,
José Muñoz Pereira y Jeremías Van Treek Chavarría.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

9 Presentación
Ignacio García Pujol

ESTUDIOS

13 Práctica doctrinal, legal y jurisprudencial del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España
Alfonso Ortega Giménez

25 Derechos morales de autor y orden público español
Paula Vega García

35 Las guías de buenas prácticas como instrumentos de actualización de la convención sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980
Susana Olga López

45 Consideraciones para la configuración de una norma de conflicto moderna de derecho corporativo
Franco Palavecino Muñoz

55 La acción directa del perjudicado en los seguros de responsabilidad civil
Carolina Bardisa Elgueta

67 El derecho aplicable al acuerdo de arbitraje
Felipe Montero Rafols

79 Algunas perspectivas sobre el derecho internacional privado frente a la nueva ruta de la seda
Gloria Campos Jiménez

JURISPRUDENCIA

Comentario de jurisprudencia

95 Reflexiones desde la práctica judicial en torno a la dificultad de aplicación de normas de conflicto en el ámbito procesal y sustantivo del derecho internacional privado, análisis de la causa rol nº 2261-2017 del juzgado de letras de Puerto Varas, de 31 de octubre de 2018.
Lorena Lemunao Aguilar

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

La Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) fue creada en 2014, con el propósito de renovar y fortalecer el estudio del Derecho Internacional Privado en Chile. Sus objetivos fundamentales son el promover e incentivar el estudio, investigación y difusión del Derecho Internacional Privado en el país, y de aquellas disciplinas relacionadas; fomentar y honrar la cátedra y a los grandes maestros que la han enseñado, y contribuir al progreso del conocimiento, estudio y solución de aquellos problemas que le son propios.

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

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

A partir de 2022, la revista se publica semestralmente, pudiendo encontrar los números previos en el siguiente enlace http://adipri.org/v1/doctrina/revista-chilena-de-derecho-internacional-privado/.

El presente número 2 del volumen 8 de la Revista recoge las tendencias más recientes de la disciplina del Derecho Internacional Privado, expuestas en las VII Jornadas nacionales de la asociación, que tuvieron lugar en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, en abril de 2022.

En este número se han incluido artículos que tratan temas de Derecho Internacional Privado relativos a diferentes latitudes, sobre aspectos de la Parte General de la disciplina, como la prueba del Derecho extranjero; derechos morales de autor y orden público español; la guía de buenas prácticas en sobre la Convención de Sustracción Internacional de Menores; Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje; materias relativa al Derecho de seguros, y una interesante reflexión acerca de las diferentes implicancias de la ruta de la seda promovida por China, así como también un comentario de jurisprudencia, sobre un interesante asunto sucesorio con elementos internacionales.

No podemos dejar de pasar la oportunidad para recordar a un querido amigo de ADIPRI, quien nos dejó recientemente, el distinguido profesor Dr. Jürgen Basedow, quien brindó, en su dilatada trayectoria, un invaluable aporte a la disciplina del Derecho Internacional Privado. El profesor Basedow fue un activo colaborador de nuestra asociación, participando en varias de las Jornadas y publicando artículos en diferentes números de esta Revista. Sirva, entonces, esta presentación como una oportunidad para manifestar un saludo afectuoso a su familia, al Instituto Max

Planck y a la comunidad académica entera que siente profundamente su temprana partida.

Esperamos que esta nueva edición de la Revista Chilena de Derecho Internacional Privado contribuya a la discusión y debate sobre estas importantes materias, y que permita asimismo un mayor acercamiento entre los interesados y estudiosos del área.

Ignacio García Pujol
Presidente ADIPRI

ESTUDIOS

PRÁCTICA DOCTRINAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA

DOCTRINAL, LEGAL AND JURISPRUDENTIAL PRACTICE ON THE REGIME OF ALLEGATION AND PROOF OF FOREIGN LAW IN SPAIN

Alfonso Ortega Giménez*

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero conforme al ordenamiento jurídico español, analizando la normativa de aplicación y, especialmente, la jurisprudencia dictada con respecto al tratamiento procesal de la alegación y prueba del Derecho extranjero, partiendo de su consideración procesal, que es ajena al principio iura novit curia, pero que no es equiparable, de forma completa con el tratamiento probatorio de los hechos dentro del proceso civil. Por último, se analizarán las consecuencias legales, doctrinales y jurisprudenciales de la falta de alegación o de prueba del Derecho extranjero, sin perder de vista la casuística que reina en relación el tema tratado en el presente artículo.

PALABRAS CLAVE*: Derecho extranjero; medios de prueba; cooperación jurídica internacional; Derecho internacional privado.*

ABSTRACT

This paper analyses the system of allegation and proof of foreign law under the Spanish legal system, analysing the applicable regulations and, especially, the case law handed down with regard to the procedural treatment of the allegation and proof of foreign law, starting from its procedural consideration, which is alien to the principle of iura novit curia, but which is not completely comparable to the evidential treatment of the facts in civil proceedings. Finally, the legal, doctrinal and jurisprudential consequences of the lack of allegation or proof of foreign law will be analysed, without losing sight of the casuistry that reigns in relation to the subject dealt with in this article.

KEYWORDS*: Foreign law; evidence; international legal cooperation; international private law.*

* Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante), alfonso.ortega@umh.es

1. Teoría del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España

1.1. Alegación y prueba del Derecho extranjero.

El derecho a la prueba es la posición jurídico-constitucional que posee el presente o futuro justiciable o litigante de exigirle al Estado o al órgano jurisdiccional el aseguramiento, la producción y valoración de los medios de prueba relevantes.

En términos genéricos el derecho a la práctica probatoria es un elemento constitutivo de la legalidad probatoria, pero en términos más precisos, es un desarrollo del derecho constitucional a la admisión de la prueba relevante. Ciertamente, el derecho a la admisión de la prueba relevante se desenvuelve en todos los momentos de la actividad probatoria, en especial, en la fase inicial del proceso, pero también en la fase de práctica probatoria, ya que la experiencia demuestra que aun la prueba debidamente admitida puede hacerse irrisoria en la actividad probatoria cuando se omiten las actividades necesarias por iniciativa de parte u oficiosa, para su realización.

La expresión derecho a la prueba por su carácter de principio o derecho constitucional se toma antes que nada como una garantía procesal que tiene efectividad en el proceso jurisdiccional como en procedimientos administrativos y sancionatorios de diverso orden. Asimismo, puede caracterizarse como un concepto aglutinador o sistemático con respecto a otras garantías o contenidos constitucionales o legales relacionados con el derecho probatorio. Así, los litigantes tienen derecho a que sus fuentes de prueba se lleven al proceso a través de los medios de prueba; asimismo, el derecho a que los medios de prueba que sirvan de sustento a la decisión judicial se hayan admitido y practicado debidamente; y, por último, el derecho a que sus argumentos o razonamientos probatorios sean sopesados por el juez en la valoración de la prueba.

El derecho a la prueba es el género de muchas garantías probatorias, del orden nacional o internacional, que recaen bien sobre los medios de prueba, como el testigo, el perito o el documento; o sobre diversas garantías probatorias o procesales, como la presunción de inocencia, la carga probatoria, la prohibición del arbitrio judicial, el derecho a la verdad, el derecho a la información o la presunción de buena fe; o sobre elementos de la actividad probatoria, como los de presentar o controvertir la prueba. Mediante una interpretación sistemática de todos estos componentes se deduce un término genérico y abstracto, suficientemente amplio que sirve para aglutinar las garantías probatorias y como herramienta conceptual en la realización de la justicia. El artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) clarifica la situación actual sobre la prueba del Derecho extranjero en los Tribunales españoles, este artículo nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que "el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación". En este precepto se diferencia entre la "prueba del contenido y vigencia" del derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la "aplicación" del mismo, que corresponde al

tribunal una vez que ya se ha realizado la prueba por las partes.[1] Dado que debe alegar y probar el Derecho extranjero la parte que invoque su aplicación, resultará irrelevante si ésta ostenta la posición de demandante o de demandado.[2]

El principio de cooperación internacional queda limitado en su eficacia al mero acto de la petición, sin que de él se desprenda fuerza de obligar para el Estado requerido, con independencia de que el mismo tenga concreción o articulación a través de prácticas como la reciprocidad. Junto a este principio general de las relaciones internacionales y su concreción en algunos aspectos de la cooperación judicial internacional, ésta ha de ir referida a la configuración del derecho a la prueba.[3]

Por otro lado, el conocimiento y la debida aplicación del derecho es, en principio, uno de los deberes del juzgador (*iura novit curia*). Legalmente este deber se manifiesta en que, además de no probarse el derecho español, incluidos los Tratados internacionales ratificados por España, así como las normas procedentes de la Unión Europea que sean directamente aplicables en los Estados miembros incluida España, conforme al artículo 218.1 LEC.

Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el Tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. Decantándose por la aplicación de la *lex fori*, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional Privado de nuestro entorno. Debe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. No será necesaria la prueba del Derecho extranjero por las partes cuando el Tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo de oficio.[4]

No obstante, ha de quedar meridianamente claro que las facultades de los Juzgados y Tribunales en relación a práctica de oficio de la prueba del Derecho extranjero son potestativas y, en este sentido, se considera de especial interés lo manifestado por la SAP de Málaga de 8 de enero de 2019, que señala lo siguiente: "En este sentido,

1 SAP de Asturias de 10 febrero de 2012, que señala que: "lo cierto es que quien invoque el derecho extranjero debe probar su contenido y vigencia, la aseguradora demandada sostuvo en su contestación que la legislación aplicable era la marroquí, el tribunal termina por aplicar la legislación española".

2 STS de 27 de diciembre de 2006, que señala que "existe una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del Derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende".

3 Debemos diferenciar los supuestos en los que esté en juego el derecho fundamental a la prueba de aquellos en los que se trata del derecho legal de la prueba. Sobre esta distinción, véase, entre otros, Taruffo Michele, "Le droit á la preuve", en *VV. AA., EffetoiverRechtsschutzund VerfassungsmassigeOrdnung*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1983, pp. 43-44.

4 STS de 10 de junio de 2005, que señala expresamente que "en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero (…) lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al final, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información".

nuestra jurisprudencia ha afirmado que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios", en consecuencia, el ejercicio de las facultades de averiguación de oficio de la vigencia y contenido del Derecho extranjero de aplicación es completamente potestativo, sin que en ningún caso puedan considerarse como facultades imperativas, debiendo tenerse en cuenta que, por lo general, no se emplearán estas facultades para suplir la carga de la parte en lo que respecta a la prueba del Derecho extranjero que considera de aplicación a la resolución de la controversia.

1.2. Forma de probar el Derecho extranjero.

Debemos recordar que el Derecho extranjero es un "hecho procesal" con unas características especiales, pero que no deja de ser un hecho y, como tal, debe ser alegado y probado por las partes.

Sobre esta cuestión, es necesario hacer una precisión para evitar conclusiones erróneas y es que, aunque el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero lo deja fuera de las fronteras del principio *iura novit curia*, equiparándolo, en cierta medida, al régimen probatorio de los hechos procesales, no es una equiparación completa, pues tiene declarado nuestro Tribunal Supremo que, en el caso de que la norma de conflicto determine la aplicación del Derecho extranjero a la resolución de la controversia, se produce una flexibilización de las reglas del principio de aportación que rige a la prueba de los hechos en el proceso civil, lo que explica las facultades de averiguación de oficio que tiene el órgano jurisdiccional, teniendo, además, otras consecuencias, como puede ser la posibilidad de práctica de prueba en relación con el contenido y vigencia del Derecho extranjero en fase de recursos, en el caso de que en la primera instancia no haya quedado suficientemente acreditado.

Resulta interesante, en este sentido, la STS de 17 de abril de 2015, que señala lo siguiente: "De acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exigencia de prueba del mismo no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. Hechas las anteriores precisiones, hemos de prestar atención al artículo 33.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (LCJI) determina que la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la LEC y de otras disposiciones sobre la materia. En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte, existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la Ley, la regulación de la LEC en relación con la alegación y prueba del Derecho extranjero es una regulación "de líneas generales".

1.3. Objeto de la prueba del Derecho extranjero.

Otro aspecto que determinar es ¿qué elementos del Derecho extranjero en cuestión deben ser probados?, es decir, ¿cuál debe ser el alcance objetivo de la prueba? En este sentido debe probarse el contenido del Derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo.

Dos tesis se han sostenido respecto al alcance de la prueba del Derecho extranjero. La primera de ellas es la denominada "tesis de la prueba mínima", en función de la cual se debe entender literalmente el precepto, por lo que sólo debe probarse el contenido del Derecho extranjero y su vigencia en el momento de aplicarlo. En segundo lugar, encontramos la "tesis de la prueba exhaustiva", que ha sido mantenida mayoritariamente por la práctica jurisprudencial española, entendiendo que no sólo debe probarse el "contenido y vigencia" del Derecho extranjero, sino que estos conceptos deben interpretarse de una forma extensiva, debiendo probar la parte interesada otros extremos del mismo.[5]

Por lo que respecta a la doctrina, se sostiene que de los requerimientos jurisprudenciales en cuanto a esta materia se puede extraer que deben probarse los siguientes elementos:[6]

a) El contenido literal del Derecho material extranjero: se debe acreditar el contenido literal de las normas materiales de tal Derecho, no basta con una "mera cita aislada de disposiciones extranjeras";[7]

b) El contenido literal de las normas de conflicto extranjeras,[8] cabe decir que la prueba de este extremo no ha sido requerida por muchos tribunales;

c) La vigencia y existencia del Derecho extranjero;

d) La interpretación concreta de las normas del Derecho extranjero; y

e) La aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto.[9]

La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación "el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas"; interpretando este precepto, por lo que:

5 Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier, *Derecho internacional privado*, 14º ed., Comares, Granada, 2013, pp. 443ss.

6 Calvo y Carrascosa, cit. (n. 5), pp. 465-466.

7 SAP de Baleares de 27 de abril de 2006. En esta Sentencia una de las partes alega la aplicación del Derecho alemán. En primer lugar, la Audiencia Provincial dispone que tal legislación no es aplicable.

8 SAP de Madrid de 22 de diciembre de 2008. Sentencia en la que resulta aplicable la legislación mexicana, y que dispone: "La Ley aplicable es (…) la Ley Mexicana (…) sin que exista reenvío a la Ley Española en cuanto el artículo 13 del vigente Código Civil Federal de México de 1928 no contempla expresamente el supuesto que nos ocupa". Se pronuncia expresamente acerca de las normas de conflicto de la ley extranjera.

9 STS de 27 de diciembre de 2006, que señala que "existe una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del Derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende."

1. Quien invoca el Derecho extranjero deberá "acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso". Pues se razona que "la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca";
2. Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora que tiene el juez de instancia a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del CC, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se "acredita"; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término "acreditar" no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente "libre", o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable";
3. Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del Derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria; y
4. Cuando el Derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española.

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del Derecho extranjero será recomendable probar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente.

1.4. Medios de prueba del Derecho extranjero.

La fuente de prueba es un medio de conocimiento que es conducido al proceso por los medios de prueba, y que en el ámbito extraprocesal podría tener o no una regulación legal estricta, pero en todo caso se constituye en un medio de conocimiento empírico sobre los hechos. En muchos casos las fuentes de prueba tienen regulaciones constitucionales o legales que condicionan su validez jurídica, pero solo pueden sustentar una decisión judicial si surten la configuración legal de los medios de prueba.

En relación con los medios de prueba del Derecho extranjero el Tribunal Supremo analiza esta cuestión, en la Sentencia de 4 de julio de 2006 y pone de relieve la

posibilidad de utilizar "todos los medios de prueba a su alcance", que venimos a enumerar:

a) Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones: el documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros Tribunales, y que, aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla. Estas certificaciones son fáciles y rápidas de conseguir, pero tienen el inconveniente de que no pueden probar el contenido de tal derecho, su alcance o su aplicabilidad. Tan sólo pueden probar su texto literal y, en su caso, la vigencia del mismo.[10]

b) Prueba pericial: consiste en un informe elaborado por "expertos en el Derecho extranjero" que se quiere probar, así lo establece el artículo 335 de la LEC. Los "expertos" pueden ser tanto del país cuyo Derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española. Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no sólo la vigencia y contenido del Derecho extranjero sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública. Sin embargo, no es un medio de prueba admisible el llamado "informe de parte", un informe redactado por expertos legales a instancia de una parte, en el que el experto "toma partido" en favor de las pretensiones concretas de la parte.[11]

c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia y/contenido del Derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reacia durante años a admitir estos documentos para probar el Derecho extranjero, no hay por qué eliminarlos radicalmente como "medios de acreditación del Derecho extranjero". Debemos indicar también que el artículo 33.4 de la LCJI indica que ningún dictamen vinculará a los órganos judiciales internacionales, como ya había indicado la jurisprudencia tiempo atrás. La solución que debe aportar en un eventual avance jurisprudencial debe limitar la aportación probatoria al mero conocimiento del juez respecto a la vigencia, contenido e interpretación del Derecho extranjero.

Respecto a la prueba pericial, es aquella donde un especialista en una cierta materia analiza sobre el caso en cuestión, informándole sus conclusiones al juez. Estos

10 Fernández, José y Sánchez, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2013.p. 177.

11 SAP Tarragona de 13 abril de 2011. "El demandado ha acreditado la vigencia del derecho común a los litigantes con la certificación del Cónsul de Holanda, y el derecho aplicable por medio de los informes de los letrados holandeses oportunamente aportados a los autos".

peritos no tienen relación con las partes en litigio y deben brindar información que no sea tendenciosa. La institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335. Los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita.

Al respecto, la consecuencia más sobresaliente de la prueba como derecho fundamental es la fuerza expansiva y su gran importancia sistemática en el sistema jurídico. Por lo tanto, si el derecho a la prueba se toma en serio, debe asumirse con su capacidad sistemática de integrar los valores y derechos constitucionales a los componentes probatorios del bloque de constitucionalidad y del ámbito legal, e incluso el administrativo.

1.5. Consecuencias de la no alegación o prueba del Derecho extranjero.

Es supuesto bastante común que alguna de las partes no pueda alegar o, incluso, probar el Derecho extranjero. La LEC no ofrece soluciones a tales supuestos, por lo que ha sido tanto la doctrina como la jurisprudencia las que han establecido distintas tesis para solucionar la cuestión, que van desde la tesis de la aplicación de oficio del Derecho extranjero a la tesis de la desestimación de la demanda. Siendo las tres siguientes las más argumentadas:

a) Aplicación de oficio del Derecho extranjero.

Defendido por varios autores que deba aplicarse de oficio el Derecho extranjero debido al carácter imperativo que tienen las normas de conflicto españolas que dicta el artículo 12.6 CC, pero tal argumento no es suficiente porque el sistema español de alegación y prueba del derecho extranjero está diseñado para que la carga de la prueba recaiga sobre las partes según el artículo 282 LEC, precepto que se aplica al artículo 281.2 de la LEC cuando se determina que el tribunal puede valerse de cualquier medio de prueba necesario para su aplicación. Aunque explícitamente se dice "la carga de la prueba", puede darse el caso de una interpretación amplia y extenderse a la alegación del derecho, de esta manera, podemos pensar que el tribunal realiza la labor de las partes corrigiendo sus errores. En contra de esta tesis podría afirmarse que va en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo, y el de justicia rogada aunque, lo cierto, es que teniendo en cuenta las amplias facultades de investigación de oficio de los Juzgados y Tribunales en relación con el Derecho extranjero, así como las especialidades del mismo, a las que se ha hecho referencia, y que impiden su equiparación completa a la prueba de los hechos, la posibilidad de aplicación de oficio del Derecho extranjero es perfectamente ajustada a Derecho.

La prueba de oficio se concibe mejor como un deber del juez que tiene como función la efectividad del derecho constitucional a la prueba. El carácter público o comunitario de la prueba judicial implica que la producción de la misma no pueda ser concebida como un mero acto potestativo de las partes ni mucho menos

del juez. La prueba de oficio hay que concebirla como una garantía del derecho a la prueba en la medida que se trata de un mecanismo de dirección del juez que garantiza, en lo posible, la completitud de la prueba en el proceso.

b) Desestimación de la demanda.

Es una de las tesis más defendidas. Si un litigio debe regirse por el Derecho extranjero y argumenta sobre la base del Derecho español, tal parte debe ver desestimada sus pretensiones. Sus argumentos a favor se basan en la imposibilidad de la aplicación de oficio del Derecho extranjero, pero que también prohíbe aplicar directamente el Derecho español, además de que el tribunal no tiene la obligación de aplicar el Derecho extranjero porque tal obligación recae sobre las partes. Refuerza la seguridad jurídica, porque el caso no se resolverá con otro Derecho salvo el indicado en la norma. No se deniega la justicia, por lo que no supone un *non liquet*, y no se incumple el principio de tutela judicial efectiva ya que la demanda se ha valorado como tal y se ha dado respuesta a una pretensión solicitada por la parte correspondiente. Produce, además, un efecto de "cosa juzgada limitado" porque una vez desestimada la parte que ha visto desestimada su pretensión puede volver a presentar la demanda argumentando con una causa de pedir distinta.

c) Aplicación del Derecho material español cuando no se haya podido acreditar el Derecho extranjero.

Tras la aprobación de la LCJI, su artículo 33.3 establece que, con carácter excepcional, se aplicara el Derecho material español cuando no se haya podido acreditar el Derecho extranjero. Por lo tanto, ha obtenido reconocimiento legal esta última tesis. Defiende que se aplique el Derecho material español por falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, ello evita la denegación de justicia y la vulneración del artículo 24 de la CE.

Una solución similar se aplica, por ejemplo, por la SAP de Castellón, de 22 de noviembre de 2002, en la que la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia. Considera la Sala, aplicable la *lex fori* por carecer de seguridad absoluta en la aplicación del Derecho extranjero, y reconoce la plena validez y eficacia del acuerdo de transmisión llevado a cabo por las partes por la que se transmite la propiedad de un bien con posterioridad a la liquidación del régimen económico matrimonial, debiendo proceder la demandada al otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

De esta forma, consagra al Derecho extranjero como un "hecho procesal", por lo que si no se alega ni se prueba, desaparece del proceso, pero, como aclaramos anteriormente, no es un mero hecho procesal; aparte de serlo, cuenta con particularidades que hacen considerarlo más que un hecho.[12] Esta tesis ha sido ampliamente seguida desde los comienzos del problema de la aplicación del Derecho extranjero en el siglo XIX.

12 *Vid*. SAP de Cádiz de 13 de marzo de 2017.

Por último, también se ha argumentado contra esta solución, que favorece estrategias de los particulares para aplicar el Derecho español cuando no es realmente aplicable al supuesto.

2. Conclusiones

PRIMERA. Sistema "mixto" de alegación y prueba del Derecho extranjero. El ordenamiento jurídico español establece un sistema "mixto" de alegación y prueba del Derecho extranjero, que combina un mecanismo de alegación y prueba a instancia de parte, con la posibilidad de que los Juzgados y Tribunales completen dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estimen necesarios.

SEGUNDA. Prueba del Derecho extranjero mediante cualquier medio de prueba admitido. La tesis mayoritaria exige que la prueba tenga un objeto que vaya más allá de la simple acreditación de la vigencia y contenido del Derecho extranjero, extendiéndose a cuestiones como pueden ser la prueba de las normas de conflicto extranjeras, para acreditar la inexistencia de reenvío a la Ley española, así como la prueba de otras cuestiones no estrictamente normativas, como puede ser la concreta interpretación de las normas de Derecho extranjero por sus propios órganos judiciales. Para la prueba del Derecho extranjero se podrán emplear todos los medios admitidos en Derecho, teniendo especial interés, por las propias características de las cuestiones que han de ser acreditadas, la prueba pericial.

TERCERA. Ausencia de alegación o prueba del Derecho extranjero = desestimación de la demanda vs. Aplicación del Derecho español. En el supuesto de que no se alegue, o en caso de ser alegado, no se pruebe el Derecho extranjero, nos encontraríamos ante la ausencia de prueba de un elemento que, en caso de ser fundamental para el éxito de la pretensión de la parte, podría llevar a la desestimación de la demanda. En tal caso, y sin perjuicio del resultado del procedimiento para la parte que no alegó, o no probó, el Derecho extranjero, una solución pasaría por la aplicación del Derecho español a la resolución de la controversia, lo que es acorde a Derecho y a la jurisprudencia mayoritaria, siendo, además, respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Bibliografía

- Calvo, Alfonso y Carrascosa, Javier, *Derecho internacional privado*, 14º edición, Comares, Granada, 2013.
- Fernández, José y Sánchez, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 7ª edición, Civitas, Madrid, 2013.
- Taruffo, Michele, "Le droit á la preuve", en VV. AA., Effetoiver Rechtsschutzund VerfassungsmassigeOrdnung, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1983, pp. 43-44.

Listado de legislación

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*. (BOE *núm.* 7, de 8 de enero de 2000).
- Ley 29/2015 de *Cooperación Jurídica Internacional*. (BOE *núm.* 182, de 31 de julio de 2015).

Jurisprudencia

- STS, de 10 de junio de 2005.
- STS, de 27 de diciembre de 2006.
- STS, de 14 de octubre de 2014.
- STS, de 17 de abril de 2015.
- SAP de Castellón, de 22 de noviembre de 2002.
- SAP de Baleares, de 27 de abril de 2006.
- SAP de Madrid, de 22 de diciembre de 2008.
- SAP Tarragona, de 13 abril de 2011.
- SAP de Asturias, de 10 febrero de 2012.
- SAP de Cádiz, de 13 de marzo de 2017.
- SAP de Madrid, de 26 de julio de 2017.
- SAP de Málaga, de 8 de enero de 2019.

DERECHOS MORALES DE AUTOR Y ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL

AUTHOR'S MORAL RIGHTS AND SPANISH PUBLIC ORDER

Paula Vega García*

RESUMEN

Las infracciones sobre derechos morales de autor en el ámbito de Internet se enfrentan a una serie de dificultades especiales para determinar cuál es la ley aplicable. En el contexto español, aunque la norma aplicable a conflictos sobre propiedad intelectual será la del lugar donde se pida la protección, cuando se trata de derechos morales de autor, la legislación reconoce a todos los creadores, con independencia de su nacionalidad. Ello ha llevado a interpretar que la protección debe extenderse a cualquier autor con independencia de la ley que se deba aplicar en un conflicto. Al considerar esta una norma de orden público, junto a un criterio de determinación de tribunal competente muy amplia se puede llegar a una potencial "elección" que afecte a la calidad de la protección sobre los derechos infringidos.

Palabras clave*: Derechos morales de Autor; Orden público español; Ley aplicable; Doctrina.*

ABSTRACT

Infringements of author's moral rights in the field of Internet face several special difficulties in determining which law is applicable. In the Spanish context, following the rules in force in this area, the applicable rule shall be that of the place where protection is sought. However, when it comes to author's moral rights, Spanish law recognizes it to all creators, regardless of their nationality. This has led to the interpretation that their protection should be extended to all creators regardless of the law to be applied in a conflict. By considering this a public policy rule, coupled with a very broad criteria to determine the competent court can lead to a potential "choice" which affects the quality of protection of said infringed rights.

Key words*: Copyright; Spanish public policy; Applicable law; French doctrine.*

1. Introducción

Si algo ha trastocado el ejercicio del Derecho en las últimas décadas es la irrupción de Internet y las consecuencias de su implantación, como la eliminación de las fronteras territoriales, sobre todo en lo que respecta a la comisión de ciertos ilícitos. De entre los que diariamente tienen lugar en ese espacio virtual ubicuo, los que afectan a los intereses de los autores son de los más habituales. La explotación de obras en la Red sin consentimiento de sus titulares, la exhibición de obras no divulgadas, el plagio o la modificación no consentida de creaciones digitales o digitalizadas son solo algunos de los muchos ejemplos de infracciones a las que se enfrentan los autores en Internet.

* Investigadora Postdoctoral "Severo Ochoa" de la Universidad de Oviedo. Doctora en Derecho. Correo: vegapaula@uniovi.es

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría cuando los ilícitos eran "analógicos", los digitales son de difícil persecución y localización, con un ámbito potencialmente global que incrementa de manera exponencial el daño sufrido. Daño que tiene una especial gravedad cuando afecta a los llamados "derechos morales de autor". De carácter personal, intransferibles e irrenunciables a tenor de la legislación española, son los que se encargan de proteger el vínculo existente entre autor y obra, los que permiten garantizar el reconocimiento de la autoría y la integridad de la obra como mínimo. Su defensa es, por tanto, capital en la protección de los intereses de los creadores.

El presente trabajo pretende mostrar cuál es la problemática actual en torno a la competencia judicial y la ley aplicable en supuestos donde se han vulnerado derechos morales de autor. En concreto, qué ocurre cuando para ciertos Estados la defensa de tales intereses tiene carácter de "orden público" y, además, un alcance mayor a los mínimos contemplados por la legislación internacional.

2. La regulación internacional de los derechos morales de autor y su dispar reflejo en las leyes nacionales

El texto principal a nivel internacional sobre derechos de autor es el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886 (CB), elaborado en el seno de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI) y actualmente gestionado por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI).[1] Su importancia radica no solo en haber establecido una regulación mínima para todos los Estados firmantes, así como unas reglas para la defensa transfronteriza de derechos de autor y conexos, sino que ha servido como modelo para numerosas legislaciones estatales.[2] En relación al objeto de este estudio, del contenido del Convenio de Berna pueden destacarse tres elementos fundamentales: uno relativo a los mínimos de protección que ayudó a implantar a nivel internacional, otro atinente a los principios que permiten que los creadores puedan ampararse en las normas de propiedad intelectual de cualquier Estado miembro y un tercero concerniente a la regulación de los derechos morales de autor.

Por lo que respecta al primer elemento, el Convenio parte de unos criterios mínimos de protección que afectan a: la definición de la obra protegida, los derechos patrimoniales y morales que amparan al autor, los llamados derechos conexos, las normas de conflicto aplicables en la protección o la duración y límites de los derechos.

En segundo lugar, en relación con los principios que establece el Convenio, con el fin de garantizar la protección de las obras, dispone que, para el ejercicio de los

1 Miserachs, Pau, *Estudios sobre propiedad intelectual y sociedad de la información. Entre la ley y la utopía*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 66; OMPI, *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, Publicación nº 891, Ginebra, 2003, p. 7 http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf [consulta: 19 de abril de 2022].

2 Sobre la influencia del Convenio de Berna en el concreto ámbito europeo, cfr. Gómez, Antonio. *El derecho de autor en la Unión Europea*, Fundación Autor, Madrid, 2006, p.23.

derechos en otros Estados miembros no se han de exigir formalidades diferentes a las del país de origen (art. 5.2 CB). Es decir, si una obra cumple los requisitos para ser objeto de propiedad intelectual en el lugar donde se creó, podrá su autor buscar la protección que se dé a los creadores en cualquiera de los otros países firmantes del Convenio, aunque en ellos las condiciones para ser "obra" sean distintas. Junto a la no exigencia de formalidades, para facilitar el ejercicio de acciones con el objetivo de defender los derechos de autor en otros países miembros, el Convenio de Berna establece el principio de "trato nacional" (art. 5.1 CB): las obras de autores extranjeros deben ser consideradas en todos los demás Estados firmantes como si fueran de un autor del propio país y, por tanto, el ejercicio de derechos se realizará de la misma forma que los nacionales.[3] La combinación de la no exigencia de formalidades y del principio de trato nacional hace que una producción de carácter intelectual esté protegida en todos los países firmantes del Convenio de Berna una vez ha cumplido los requisitos mínimos de la legislación del Estado al que pertenezca el autor, donde resida o en el que se haya publicado la obra (cfr. art. 3 CB). Además, será amparado en la misma medida que si fuera un autor nacional del lugar donde presente sus reclamaciones.

Finalmente, en lo relativo a los derechos morales, en la redacción original del Convenio de Berna no había ninguna referencia a ellos. Fue en la revisión del Convenio de 1928 donde se añadió el artículo 6 *bis*, relativo a la protección jurídica de los derechos morales de autor. La importancia de este precepto radica en la concesión de dos derechos morales a los autores: los de reconocimiento de autoría y defensa de la integridad, que son intransmisibles e independientes de los derechos patrimoniales.[4] Además, admite la pervivencia de los derechos morales después de la muerte del autor y, al menos, mientras duren los derechos patrimoniales. Se exceptúa la aplicación de la citada regla en aquellos países que no tengan disposiciones internas que regulen los derechos morales *post mortem auctoris*, que podrán decidir si incluyen normas al respecto o no.

El Convenio de Berna de 1886 solo contempla una regulación básica del contenido de los derechos morales de autor. En comparación, la regulación de los países de tradición continental sobre estos derechos es mucho más amplia, variada y les concede una serie de particularidades que los hace destacar aún más frente a las facultades de corte económico.

En el caso español, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) recoge en la actualidad el régimen de los derechos morales de autor en sus artículos 14 a 16. En concreto, el artículo 14 TRLPI establece el listado de los derechos, así como sus dos características generales: que son derechos irrenunciables e inalienables. La irrenunciabilidad es un carácter no previsto por el Convenio de Berna, pero

3 De miguel, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 649.

4 Masoyé, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1978, p. 47.

sí reconocido tradicionalmente en el ordenamiento español desde la primera regulación de los derechos morales, en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987.

En cuanto al listado de facultades, junto con las de reconocimiento de autoría (art. 14.3 TRLPI) e integridad (art. 14.4 TRLPI), se incluyen la decisión sobre la divulgación de la obra (art. 14.1 TRLPI); la determinación de la forma de identificar al autor (art. 14.2 TRLPI); la posibilidad de modificar la obra una vez se ha divulgado (art. 14.5 TRLPI) y de retirarla del comercio (art. 14.6 TRLPI), así como de acceder al ejemplar único o raro que se encuentra en manos de terceros (art. 14.7 TRLPI).

En otros ordenamientos jurídicos del entorno español, aunque se reconocen también un mayor número de derechos morales a los autores que los previstos en el Convenio de Berna, las facultades contempladas con dicho carácter son diversas y, a veces, con una regulación diferente. Por ejemplo, en Francia los derechos de integridad y reconocimiento de autoría se consideran derechos de la personalidad (L.121-1 *Code de la Propriété Intellectuelle*), cualidad que en España no gozan. Aunque sí se regulan las facultades de modificación y retirada del comercio, no se considera el acceso al ejemplar único o raro como derecho del autor. En Italia, por su parte, no se reconoce como derecho específico la modificación de la obra una vez está siendo explotada (arts. 20 y ss. *Legge*, 22/04/1941 n° 633, *sul diritto d'autore*).

Todo ello produce como consecuencia que, en función del lugar donde se reclame la protección, los derechos morales de un autor tendrán un alcance diverso, con diversas vías para reclamar su amparo e incluso plazos diversos para el ejercicio de las acciones de defensa.

3. La competencia judicial en infracciones sobre derechos morales de autor en Internet

Lo que se conoce como "Internet" es el conjunto de redes conectadas entre sí que permite la comunicación e intercambio de información entre computadores.[5] Si bien en sus orígenes su uso fue acaparado por instituciones militares y de investigación, la popularización del ordenador personal y la ampliación de los servicios ofrecidos -en especial, después de la aparición de la *World Wide Web*- convirtieron a la Red en una tecnología imprescindible y la base de un profundo cambio técnico y social. Como se ha referido, uno de los ámbitos donde Internet tuvo mayor calado fue en el de la producción y consumo de obras literarias, artísticas o científicas. Las facilidades de creación y de acceso, la conexión directa entre autor y público o la aparición de plataformas dedicadas en exclusiva a la gestión de contenidos "de entretenimiento" han transformado la actividad artística, los procesos de elaboración de las obras e incluso generado nuevos tipos de creaciones, inexistentes antes de la aparición de Internet o incluso de la *World Wide Web*.

5 BARRIO, Moisés, *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 36.

No obstante, al igual que ha generado cambios favorables al ejercicio de la propiedad intelectual, también ha sido origen de numerosos conflictos, algunos afectando a los derechos morales de autor. La explotación de obras en la Red sin consentimiento de sus titulares, la exhibición de obras no divulgadas, el plagio o la modificación no consentida de creaciones digitales o digitalizadas son solo algunos de los muchos ejemplos de infracciones a las que se enfrentan los autores en Internet. Ante este escenario, es necesario determinar entonces dónde debe el autor plantear las reclamaciones cuando sus derechos son infringidos.

El primer paso necesario para determinar cuál es el tribunal competente es localizar a las partes implicadas en los actos ilícitos, especialmente al autor de la obra y al sujeto infractor.

Si el autor es español o se encuentra domiciliado en España y, además, el sujeto infractor está domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea, la norma que determinará la competencia judicial será el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Reglamento Bruselas I *bis* (RBI*bis*). En el Reglamento Bruselas I *bis* se da preferencia al foro elegido por las partes para resolver el conflicto (arts. 25 y 26 RBIbis). De no existir o no alcanzarse tal acuerdo se pueden seguir o bien el foro general de competencia del artículo 4º o el criterio especial del artículo 7.2 RBIbis.

El artículo 4º establece que "*las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*". Por tanto, es competente el tribunal del domicilio del demandante o del demandado. Por su parte, el artículo 7.2 RBIbis regula que "*en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso*". Así pues, en caso de infracción de derechos de propiedad intelectual, se considerarán competentes los tribunales de allí donde haya tenido lugar el hecho dañoso. El Tribunal de justicia de la Unión Europea ha interpretado este artículo en sentencias como la del caso Pinckney (STJUE, de 3 de octubre de 2013, C-170/12), aclarando que se puede referir tanto al lugar donde se haya materializado el daño concreto como al lugar donde haya tenido su origen. La "materialización del daño", en general, se refiere a la aparición de efectos de la infracción en una determinada circunscripción, incluso aunque la actividad que da origen al daño sea difusa y tenga efectos en diversos territorios.[6] No obstante, al aplicar dicho criterio, los tribunales solo pueden conocer de las infracciones que hayan producido efectos en su territorio, no en los demás.[7] En sentencias posteriores, como la del caso Hedjuk (STJUE, de 22 de enero de 2015, asunto C-441/13) se ha ido matizando el criterio de la "materialización del daño" cuando la infracción tiene lugar a través de Internet,

6 De Miguel, Pedro, "Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 357-359.

7 El Hage denomina a este conocimiento plurilocalizado de las infracciones como "enfoque mosaico". El Hage, Yves, "Pour une nouvelle approche de la contrefaçon en ligne du droit d'auteur en droit international privé", *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, nº 268, 2021, pp. 10-16.

llegando al conocido como "criterio de la accesibilidad". Según este, es suficiente que un servicio que opera a través de la Red sea accesible desde un territorio para que un tribunal de este sea competente para conocer del asunto.

El criterio de la accesibilidad ha sido discutido por autores como López-Tarruella, quien considera que es demasiado amplio y que no garantiza la adecuada protección de los autores.[8] En la misma línea, Esteve señala que debe tenerse en cuenta también el vínculo entre el lugar donde se han producido los daños y el tribunal competente para que este pueda tener un conocimiento lo más certero del asunto.[9] Además, también apunta que la resolución dictada por un tribunal con un vínculo "débil" con el asunto puede tener dificultades para ser reconocida en terceros países. En cambio, en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia francesa se encuentran opiniones favorables a este criterio. Se puede destacar la del profesor Azzi, que se basa en la garantía de una tutela judicial de los autores para manifestarse a favor, señalando además que la posibilidad de demandar en múltiples territorios, países incluso, puede llevar a los autores a ser más selectivos en cuanto a la forma y lugar de plantear sus pretensiones.[10] Precisamente esta cuestión, llevada al extremo, es la que puede resultar problemática en el caso de infracciones sobre derechos morales de autor.

Por su parte, la Corte de Casación Civil de Francia ha admitido el criterio de la accesibilidad como regla para determinar la competencia de sus tribunales cuando un sitio web sea accesible desde territorio francés (C.Cass. civ. de 12 de julio de 2012 y 18 de octubre de 2017).

Cuando el domicilio del demandado se encuentre en Suiza, Noruega e Islandia resultará aplicable el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 de octubre de 2007, conocido como Convenio de Lugano. En esta materia, sus reglas de determinación de la competencia judicial son equivalentes a las del Reglamento Bruselas I *bis*: en su artículo 5.3 establece que es competente "*el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso*". De igual modo, cuando el infractor se encuentre en terceros países, será la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) la que determine si los tribunales españoles tienen competencia. El artículo 22 *quinquies*. b LOPJ establece que cuando no haya sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles, estos serían competentes respecto a obligaciones extracontractuales -como serían los daños a derechos morales de autor-, *"cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español"*, incluso cuando el demandado no estuviera domiciliado en España.

8 López-tarruella, Aurelio, "El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPR de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, nº 2, 2017, pp. 240-247

9 Esteve, Lydia, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Comares, Granada, 2006. p. 161.

10 Azzi, Tristán, "Competence jurisdictionnelle en cas d'attente au droit d'auteur comise au moyen d'un site internet: la Cour de justice adopte le critère de l'accesibilité", *Recueil Dalloz*, nº 6, 2014, pp. 411 y 415.

Así pues, el criterio de la "materialización del daño" llevado al ámbito de los derechos de autor implica que se puede reclamar la protección allí donde aparezca el daño. Si, además, se añade que los hechos dañosos se producen a través de un servicio que opera a través de la Red, es suficiente que este sea accesible desde el Estado donde se reclama para considerarlo competente. Se podría decir que la adopción del criterio de accesibilidad ha llevado a un escenario donde se puede plantear la reclamación en casi cualquier país. No obstante, en principio, la determinación del lugar donde se interpone una demanda no determina las normas que se usen para resolver el conflicto subyacente.

4. La ley aplicable en conflictos sobre derechos morales de autor

Entrando ya en el tema de la ley aplicable, lo primero que se ha de recordar es que, tradicionalmente, en el ámbito de la propiedad intelectual ha imperado el principio de la protección territorial. Como se ha visto, gracias al Convenio de Berna en la actualidad rige en sus países firmantes el llamado "principio de trato nacional" de los autores y el principio de "no exigencia de formalidades": las producciones reconocidas como obras por legislaciones extranjeras y de autores extranjeros son consideradas en todos los demás Estados firmantes como si fueran de un autor del propio país y, por tanto, el ejercicio de derechos se realizará de la misma forma que los nacionales. El principio de trato nacional tiene mucho que ver con el carácter territorial de la protección sobre derechos de autor, reflejado en el contexto español en el artículo 10.5 del Código Civil. En él se indica que los derechos de propiedad intelectual se protegen en España de acuerdo con lo establecido en la Ley española.

Además, el Texto Refundido, en su artículo 199 añade algunas normas relativas a los sujetos a los que se aplicará su regulación. En concreto, se verán afectados los autores españoles, nacionales de la Unión Europea; los residentes en España y los residentes en terceros países que hayan publicado su obra por primera vez en España o lo hayan hecho dentro de los 30 días siguientes a la publicación en otro país. Fuera de estos casos, se aplicarán las reglas del Texto Refundido cuando los tratados internacionales así lo establezcan y, de no haberlos, se seguirá el principio de reciprocidad. Es decir, se dispensará a los autores extranjeros el mismo trato que hubieran recibido en su país de origen los autores españoles. Con independencia de lo anterior, el apartado 5 del artículo 199 TRLPI incluye una norma particular cuando se trata de derechos morales de autor: se les reconocerán a todos los autores, sin tener en cuenta su nacionalidad. Dicha afirmación tiene una consecuencia directa en la norma aplicable a los casos de conflicto sobre esta materia.

La regla general sería acudir a lo dispuesto en el artículo 8.1 del 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 (Reglamento Roma II). Dicho artículo señala que "la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección". En concreto, se entiende que consagra el criterio de la *lex loci protectionis*, de tal modo que se usará la regulación del lugar

donde se pretenda obtener la protección de un derecho de autor.[11] Por supuesto, cuando se trate de una infracción plurilocalizada, como suelen ser las que se sufren a través de Internet, determinar dónde se debe pedir protección tampoco es una cuestión sencilla. Por ello los tribunales franceses han ido matizando este criterio, añadiendo una cierta idea de "proximidad" y "focalización" del asunto con el foro donde se demanda (C.Cass. Civ. de 12 de julio de 2012, CA Paris, 23 de febrero de 2021 y 29 de enero de 2021).[12]

La cuestión es que por una parte importante de la doctrina española se ha considerado que el artículo 199.5 TRLPI consagra una norma "de orden público".[13] Es decir, concede a los derechos morales de autor una categoría especial en la que, con independencia de la ley aplicable a un conflicto particular, si esta no concede una protección adecuada a tales derechos se acudirá a las normas del foro donde se haya reclamado.

No solo ocurre esto en España. En Francia hay jurisprudencia antigua en la que se ha concedido al derecho de integridad la condición de "orden público", lo que llevó a no reconocer una supuesta renuncia a tal derecho que había realizado un artista (C.Cass.Civ. de 28 de mayo de 1991 y de 18 de enero de 2003). Además, esta opinión goza de un apoyo doctrinal bastante importante, debido al estatus especial que tienen los derechos morales, a esa protección que conceden a la personalidad del autor y a sus intereses.[14]

La descrita posibilidad, abre la opción a los autores de elegir preferentemente ciertos foros -aprovechándose de la amplitud de los criterios establecidos por las leyes de competencia- para presentar sus reclamaciones judiciales teniendo en cuenta el grado de amparo que se conceda a los derechos morales de autor. Volviendo al argumento expuesto al principio de este trabajo, hay países donde se reconocen los derechos morales de forma mínima y donde se permite incluso su renuncia, frente a otros donde tal posibilidad está vetada y donde hay un mayor número de facultades protegidas bajo el estatus de "derecho moral".

Ello puede llegar a acarrear dificultades a la hora de garantizar la tutela efectiva si el tribunal elegido tiene una conexión con el conflicto mínima o, incluso, limitar la protección de los derechos morales de autor, con las consecuencias perniciosas que de ello pueda derivar para el autor.

11 Esteve, cit. (n. 9), pp. 39-40.

12 Bruguiere, Jean. *Propriétés Intellectuelles,* nº 79, 2021, pp. 122-125; El Hage, cit. (n. 7) pp. 23-25.

13 Carrascosa, Javier, *La propiedad intelectual en Derecho Internacional Privado español*, Comares, Granada, 1994, pp. 193-194; Xalabarder, Plantada, "La protección internacional de la obra audiovisual: cuestiones relativas a la autoría y titularidad inicial", *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, nº 193, 2002, pp. 96-101.

14 Bureau, Dominique y Muir Watt, Horatia, *Droit international privé, Partie spéciale*, vol. 2, Puf, Paris, 2017, pp. 71-72; Dupuis, Michel, *Les propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, 2017, p. 90; Torremans, Paul., "Introduction", en: Torremans, Paul (coord.), *Intellectual Property and Private International Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, pp. 18-19.

Bibliografía

- Azzi, Tristán., "Competence jurisdictionnelle en cas d'attente au droit d'auteur comise au moyen d'un site internet: la Cour de justice adopte le critère de l'accesibilité", *Recueil Dalloz*, nº 6, 2014, pp. 411-415.
- Barrio, Moisés, *Fundamentos del Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- Bureau, Dominique y Muir Watt, Horatia, *Droit international privé, Partie spéciale*, vol. 2, Puf, Paris, 2017.
- Brugiere, Jean. *Propriétés Intellectuelles,* nº 79, 2021, pp. 122-125
- Carrascosa, Javier., *La propiedad intelectual en Derecho Internacional Privado español*, Comares, Granada, 1994.
- De miguel, Pedro, "Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital" en *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 349-371.
- De miguel, Pedro, *Derecho Privado de Internet*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Dupuis, Michel, *Les propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, 2017.
- Esteve, Lydia, *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Comares, Granada, 2006.
- El Hage, Yves, "Pour une nouvelle approche de la contrefaçon en ligne du droit d'auteur en droit international privé", en *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, nº 268, 2021, pp. 3-62.
- Gómez, Antonio., *El derecho de autor en la Unión Europea*, Fundación Autor, Madrid, 2006.
- López-Tarruella, Aurelio, "El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPR de la Unión Europea para la regulación de las actividades en Internet", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, nº 2, 2017, pp. 223-256.
- Masoyé, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1978.
- Miserachs, Pau, *Estudios sobre propiedad intelectual y sociedad de la información. Entre la ley y la utopía*, Atelier, Barcelona, 2014.
- OMPI, *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, nº 891 (S), Ginebra, 2003.
- Torremans, Paul, "Introduction" en: Torremans, Paul (coord., *Intellectual Property and Private International Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.

- Xalabarder, Plantada, "La protección internacional de la obra audiovisual: cuestiones relativas a la autoría y titularidad inicial" en *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, nº 193, 2002, pp. 2-147.

Listado de legislación

- Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil del 30 de octubre de 2007.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (España).
- 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.
- Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886.
- Code de la Propriété Intellectuelle (Francia).
- Legge, 22/04/1941 n° 633, sul diritto d'autore (Italia).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (España).
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (España).

Listado de jurisprudencia

- Corte de Casación Civil, 12 de julio de 2012 (Francia) .
- Corte de Casación Civil, 18 de octubre de 2017 (Francia).
- Corte de Casación Civil, 12 de julio de 2012 (Francia).
- Corte de Apelaciones de Paris, 23 de febrero de 2021 (Francia) .
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Paris, 29 de enero de 2021 (Francia).
- Corte de Casación Civil, de 28 de mayo de 1991 (Francia).
- Corte de Casación Civil, 18 de enero de 2003 (Francia).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 3 de octubre de 2013, C-170/12 (UE).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 22 de enero de 2015, asunto C-441/13 (UE).

LAS GUÍAS DE BUENAS PRÁCTICAS COMO INSTRUMENTOS DE ACTUALIZACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES DE 1980

THE GOOD PRACTICE GUIDES AS INSTRUMENTS FOR UPDATING THE CONVENTION ON CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION OF 1980

Susana Olga López*

RESUMEN

Este trabajo busca reconocer la importancia del soft law, como herramienta de actualización legislativa, a fin de acompañar los cambios de paradigmas culturales y sociales sin que se haga necesaria una reiterada reforma convencional, tomando como referencia la Convención sobre "Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" y sus guías de buenas prácticas aplicadas a la excepción de grave riesgo (parte VI articulo 13 1, B).

PALABRAS CLAVE: *Sustracción Internacional de Menores; Soft Law; Interpretación Legislativa, Actualización.*

ABSTRACT

This work seeks to recognize the importance of soft law, as a tool for legislative updating, in order to accompany the changes in cultural and social paradigms without requiring a repeated conventional reform, taking as reference the Convention on "Civil Aspects of International Abduction of Minors" and its good practice guides applied to the exception of serious risk (part VI article 13 1, B).

KEYWORDS: *International Child Abduction; Soft Law; Legislative Interpretation; Update.*

1. Exposición del problema

La dinámica de los cambios emergentes de los procesos históricos y sociales, la tendencia a la globalización y la integración, los avances tecnológicos y la facilidad de circulación de personas alrededor del planeta, impacta fuertemente en el desarrollo de la conducta humana, en consecuencia, en las relaciones de familia y en la minoridad, lo que trae aparejada la necesidad de facilitar las relaciones interpersonales.

* Abogada, Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina. Maestranda Derecho Internacional Privado, Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho Internacional Privado, Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina, bsas.polo@hotmail.com.

Algunos puntos exponenciales que se incluyen en estos cambios de paradigma son la paridad de género, las uniones matrimoniales entre personas con nacionalidades diferentes, el desarrollo acelerado de los niños, niñas y adolescentes basado especialmente en el rápido acceso a la información a través de las TICS (tecnologías de información y comunicación), la importancia de la residencia habitual como punto de conexión con el objetivo de proteger el interés superior del niño, las familias ensambladas, los matrimonios igualitarios y las técnicas de reproducción humana asistida.

En medio de estas nuevas concepciones, se hacen necesarios instrumentos que acompañen el desarrollo humano, a fin de facilitar y ayudar en su tarea a los operadores jurídicos, legisladores, jueces y abogados con el objetivo de evitar reiteradas reformas convencionales.

En acuerdo a la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", abierta a la firma el 23 de mayo de 1969, desde que comienza la negociación hasta la firma por parte de los Estados intervinientes, sumando su adhesión, ratificación y deposito, el tiempo de entrada en vigor de una convención internacional se torna muy prolongado. Se evidencian en estos términos, en algunos casos antagonismos entre el mandato convencional y la dinámica social, que impiden la resolución justa de los casos iusprivatistas internacionales que es el fin último del Derecho Internacional Privado.

Los instrumentos de *sof law*, aparecen como un medio idóneo para brindar una actualización de las convenciones internacionales y dar solución a los nuevos problemas, traduciéndose en un necesario auxilio a los operadores jurídicos en la necesidad de acompañar los nuevos fenómenos sociales.

En el caso específico de la Convención de la Haya sobre "Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", teniendo en cuenta el marco de cooperación que emerge de la misma Convención y la necesidad de la rapidez en las decisiones en un tema tan sensible como es la restitución de un menor sustraído en forma ilícita, las guías de buenas prácticas se traducen en un instrumento de actualización tendiente a facilitar el correcto cumplimiento de la Convención.

En pos de cumplir con el objetivo de la Convención que es la restitución del niño a su residencia habitual, pero teniendo presente las excepciones planteadas por la misma Convención, atendiendo concretamente al análisis del riesgo a que podría ser sometido el menor, de dar lugar a la restitución solicitada, es que se plantea este breve análisis.

2. Parte VI de las Guías de buenas prácticas

La restitución deberá concretarse poniendo el foco en los derechos establecidos en la "Convención sobre los Derechos del Niño", la no discriminación, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, el derecho del niño a ser oído y el interés superior del niño.

La nueva Guía Parte VI art. 13(1)(b) publicada en el año 2020[1], da cuenta de los casos en que se invoca la excepción de grave riesgo, la que de ser demostrada evitaría la restitución del menor a su residencia habitual.

Esta excepción que la Convención establece entre otras ha dado lugar a diversas discusiones ya que al tratarse de un concepto jurídico amplio e indeterminado ha sido invocada, en algunas circunstancias razonablemente y en otras como última alternativa y con escaso fundamento con el único objetivo de evitar la restitución del niño a su residencia habitual, por lo que debe interpretarse en forma restrictiva.[2]

La Convención de 1980 encuadra el grave riesgo en tres aspectos, (la exposición del niño a un peligro grave físico, la exposición del niño a un peligro grave psíquico o que de cualquier otra manera ponga al niño en una situación intolerable), análisis que implica una difícil tarea para quien debe tomar la decisión de restituir, con la certeza de que se ha demostrado alguno de los supuestos alegados por el sustractor.[3]

La finalidad de la parte VI de la Guía de Buenas Prácticas es promover la aplicación apropiada y uniforme de la excepción de grave riesgo en consonancia con las disposiciones y los objetivos del Convenio de 1980, tomando en cuenta además las herramientas interpretativas reconocidas, como "Recursos útiles" por las misma guía en su sección V, tales como el Informe Explicativo del Convenio,[4] las Conclusiones y Recomendaciones de reuniones anteriores de la Comisión Especial,[5] las Guías de Buenas Prácticas publicadas con anterioridad a la parte VI , que incluyen temas como las prácticas de las autoridades centrales, medidas de prevención, ejecución de medidas, mediación y la base de datos sobre restitución internacional de niños (INCADAT), que alberga textos completos de sentencias recientes, a utilizar de forma comparativa, recopilaciones y análisis jurídicos sobre cuestiones que deben ser objeto de interpretación judicial entre ellas el grave riesgo.

Al momento de realizar un análisis del art. 13(1)(b), los hechos revisten gran importancia. Cada decisión del tribunal acerca de la aplicación de la excepción es única y se basa en las circunstancias particulares de cada caso, por lo que se requiere un análisis cuidadoso del grave riesgo que se alega, de conformidad con el marco jurídico del Convenio.

Las guías, no vinculantes, son de carácter orientativo y no tratan de imponer al operador jurídico una interpretación de la excepción de grave riesgo, sino que se perfilan como una herramienta que el juez o autoridad central podrá adaptar a cada caso concreto.

---

1 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), Convenio Sobre sustracción Internacional de Menores, Guías de Buenas Prácticas, Parte VI, Artículo 13 (1)(b), 2020. Recuperado de file:///C:/Users/bsasp/Desktop/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c15c51b12.pdf

2 Pérez, Elisa, "Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", 1982. https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf. (Consultada: 27 de marzo de 2023).

3 Véanse los arts. 11(2), 12(3), 13(1), 14, 17, 20 y 24 del Convenio.

4 Pérez, cit. (n.2).

5 Las Comisiones Especiales son organizadas por la HCCH y convocadas por su Secretario General para desarrollar y negociar nuevos Convenios o para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios que ya existen. La Comisión Especial se conforma por expertos designados por los Miembros de la HCCH y por las Partes contratantes del Convenio.

Así como también se traducen en un instrumento de actualización convencional, teniendo en cuenta la necesidad de que no se produzca una distorsión temporal, al momento de aplicar la Convención acompañando los cambios de paradigmas sociales y culturales provenientes del devenir histórico en un periodo que, en este caso, va desde la entrada en vigor de la Convención al día de hoy, es decir, 41 años.

3. Excepción de grave riesgo

El convenio de conformidad con su preámbulo fue celebrado para proteger al menor en el plano internacional de los perjuicios, que le pudieren ocasionar una retención ilícita y establecer los procedimientos adecuados para lograr una inmediata restitución al estado de residencia habitual.

El traslado del menor es ilícito cuando infringe el derecho de custodia, proceso que se llevará a cabo en el Estado de residencia habitual, ya que sus autoridades cuentan con mejor acceso a la información y pruebas para resolver esta cuestión.

El padre o madre que no tiene o comparte el derecho de custodia deberá pedir el consentimiento del otro progenitor para trasladar al menor, y si esto no es posible podrá, en su caso, obtenerlo del tribunal que corresponde para trasladar al niño o retenerlo en otro Estado.

Cuando el traslado es ilícito el Convenio contempla un proceso abreviado que permite al sujeto privado del niño presentar la solicitud de restitución ante el Estado requerido. En tal evento, el proceso se llevará a cabo conforme a los procedimientos y prácticas del Estado en donde se encuentra el menor.

La decisión deberá dictarse en un plazo de 6 semanas, según el artículo 11, lo que implica una celeridad que se enfrenta con la alegación de las partes de la excepción de grave riesgo y la necesidad de que las pruebas pertinentes sean evaluadas con sumo cuidado, precisión y respetando la celeridad que el proceso impone en virtud de la protección del interés superior del niño el que debe ser restituido al Estado de su residencia habitual donde tiene su centro de vida.

Ahora bien, la guía de buenas prácticas nos indica que la palabra grave califica al riesgo y no al daño, además que el riesgo debería alcanzar un alto umbral de seriedad para ser calificado como grave.

En cuanto al nivel del potencial daño este debe presentar una situación intolerable, esto es que no se debería esperar que el niño lo tolere, para lo que se deben evaluar la situación de cada niño en particular y las circunstancias particulares de cada caso.

Aunque la excepción es de aplicación restrictiva, ya que si es aplicada ampliamente se estarían conculcando los mandatos convencionales, teniendo presente que la finalidad de la Convención es la restitución inmediata del menor al Estado de residencia habitual. El proceso de restitución se constituye en un proceso autónomo, diferente del proceso de custodia que es posterior y se ventilará en el Estado requirente.

La aplicación de la excepción de grave riesgo tiene además un carácter prospectivo, por lo que la evaluación del tribunal de los hechos controvertidos no debe ser limitada a un análisis de las circunstancias anteriores o vigentes al momento del traslado, sino que se requiere mirar hacia el futuro.

Para realizar dicha evaluación se alienta al tribunal a examinar la disponibilidad de las medidas de protección en el Estado de residencia habitual, debiendo ser comprobada su adecuación al problema y su eficacia. Evaluando si las medidas de protección han sido eficaces respecto de hechos pasados y si pudieran serlo respecto de hechos que podrían acontecer en el futuro, luego de la restitución del menor.

En la práctica hay una gran variedad de situaciones en las que se alega el grave riesgo, las guías traen una serie de ejemplos, acerca de cómo los diferentes tribunales de distintas jurisdicciones han abordado la excepción de grave riesgo en diversas situaciones fácticas y una lista no taxativa de consideraciones o factores relevantes.

3.1. La violencia doméstica contra el niño o padre sustractor

El padre o madre sustractor puede alegar que existe un grave riesgo de daño directo debido al maltrato físico, al abuso sexual o a otro tipo de maltrato dirigido al niño. Como también que el grave riesgo resulta de la exposición del niño a la violencia perpetrada por el padre o madre, privando del niño al padre o madre sustractor.

En algunos casos, el grave riesgo para el niño puede basarse en el daño que pueda sufrir el padre o madre sustractor a manos del padre o madre, privando del niño tras la restitución, incluso dicho daño puede perjudicar significativamente la capacidad del padre o madre sustractor de cuidar al niño.

El enfoque del análisis del grave riesgo en estas circunstancias de violencia doméstica es el efecto que esta produce en el niño tras su restitución a su Estado de residencia habitual, y si dicho efecto alcanza el alto umbral de la excepción de grave riesgo, según la naturaleza, frecuencia e intensidad de la violencia y también las circunstancias en que es probable que se manifieste. Por ello no serán suficientes las solas pruebas de que existe violencia doméstica a los efectos de comprobar el grave riesgo para el niño.[6]

En los casos en que el padre o madre sustractor ha demostrado que existen circunstancias que involucran violencia doméstica que pueden llegar a convertirse en un grave riesgo para el niño, los tribunales deben tener en consideración la disponibilidad, idoneidad y efectividad de medidas necesarias para proteger al niño del grave riesgo en el Estado de su residencia habitual. Por ejemplo, se ha ordenado la restitución del niño en casos en los que había tanto protección jurídica, como servicios policiales y sociales disponibles en el Estado de residencia habitual para asistir a las víctimas de violencia doméstica. Sin embargo, en otras ocasiones, se ha considerado que dicha protección jurídica y tales servicios no bastan para proteger

6 Véase, asimismo, Corte de apelaciones para el segundo circuito (Estados Unidos), 13 de junio de 2013, 720 F.3d 96, pp. 12 y 16.

al niño del grave riesgo, ya que las medidas impuestas fueron violadas reiterada y consecuentemente ineficaces.

3.2. Desventajas económicas o de desarrollo para el niño tras la restitución

El análisis del operador jurídico debe enfocarse en si se pueden satisfacer las necesidades básicas del niño en el Estado de su residencia habitual. El tribunal no debe embarcarse en una comparación entre las condiciones de vida que cada padre o madre puede ofrecer, lo que no tiene relevancia al momento de analizar el articulo 13(1)(b), sino que solo resulta relevante en la posterior decisión de una custodia.[7]

En general, las alegaciones del padre o madre sustractor que sostiene que es incapaz de regresar con el niño al Estado de residencia habitual, ya que posee una situación económica difícil o insostenible, debido a que su nivel de vida disminuiría, es incapaz de conseguir empleo en el Estado de la residencia habitual o se encontraría en circunstancias precarias al volver, no serán suficientes para emitir una orden de no restitución, siendo esto solo posible en circunstancias muy excepcionales. Se puede considerar la posibilidad de adoptar medidas que protejan al niño de ese riesgo, como brindar asistencia financiera urgente y por un periodo limitado de tiempo hasta que el tribunal competente del Estado de residencia habitual pueda emitir las órdenes correspondientes.

3.3. Riesgos asociados a las circunstancias del Estado de residencia habitual

El tribunal debe evaluar la gravedad de la situación política, económica o de seguridad y el impacto que puede causar en el niño y en consecuencia determinar si el nivel de dicho impacto es suficiente para tener por configurada la excepción de grave riesgo. Siendo esto diferente de la situación política y económica general del Estado de residencia habitual, es necesario un alto riesgo de que se vaya a producir tras la restitución un concreto daño sobre el niño.[8] No serán concebidos como de grave riesgo los hechos aislados y deberán evaluarse, las medidas de protección que se puedan tomar en el Estado de residencia habitual del menor.

Generalmente las alegaciones sobre estos temas resultan insuficientes para dar lugar a la excepción de grave riesgo. Por ejemplo, en Francia una madre sustractora alegó los crímenes que suceden en la Ciudad de México producto del narcotráfico y la contaminación ambiental o en otro caso el peligro que correría el niño volviendo a vivir a África, debido a las condiciones de vida allí presentes, en ambos casos las alegaciones fueron rechazadas por el tribunal francés. No fueron tampoco

7 Véase Corte de Casación (Francia), 25 de febrero de 2009, NP 08-18126, donde el tribunal rechazó los argumentos de la madre sustractora acerca de que para analizar el grave riesgo se debían comparar las condiciones de vida de los niños actuales con las condiciones de vida que tendrían si fueran restituidos.

8 Véanse, p. ej.: Corte de Apelación de Rennes (Francia), 28 de junio de 2011, RG 11/02685, donde la madre sustractora alegaba la contaminación de la Ciudad de México, la inseguridad debido al crimen en la metrópolis y los riesgos de terremotos, pero no pudo demostrar cómo estos riesgos afectaban a los niños personal y directamente; Corte de Casación (Francia), 19 de noviembre de 2014, NP 14-17.493, donde la madre sustractora alegaba que en caso de regresar a Sudáfrica, la niña se vería expuesta a un riesgo de daño físico serio al volver a vivir en la reserva Makalali debido a las condiciones generales de vida allí presentes, pero estos motivos fueron rechazados por el tribunal.

considerados los episodios aislados de agitación política, ocurridos en Venezuela por los tribunales mexicanos como impedimento para restituir al menor.

3.4. Riesgos asociados a la salud del niño

La evaluación debería enfocarse en la disponibilidad de tratamientos en el Estado de residencia habitual que se correspondan con lo que el niño necesita. Esta causal se configura cuando es requerido un tratamiento urgente y no está disponible o cuando la salud de menor no permite el regreso, para lo cual se requerirán lo informes técnicos necesarios.

3.5. Separación del niño del padre o madre sustractor cuando este último no puede o no quiere regresar al Estado de residencia habitual

La experiencia demuestra que rara vez los tribunales hacen lugar a esta alegación, se evaluará el efecto que tendría sobre el niño la separación o la falta de cuidado parental y si esto alcanza el alto umbral de grave riesgo, tomando en cuenta las medidas de protección disponibles. En el caso de que se determine que el niño está expuesto a un grave riesgo en caso de separación, se deberá además analizar, si fuese posible remover los obstáculos que impiden el regreso del padre o madre sustractor, con el auxilio de las autoridades centrales, quienes deberán prestar su colaboración a fin de remover los obstáculos que impiden el regreso del sustractor.

Otra posibilidad puede ser restituir al niño y ponerlo al cuidado del padre privado de este o de una persona capacitada, hasta que el tribunal del Estado requirente pueda tomar las medidas necesarias respecto de la custodia, para lo que el que padre o madre privado del hijo, podrá pedir que este proceso se lleve a cabo con la mayor celeridad posible. Se utilizan estos casos, las comunicaciones directas, las que son facilitadas por "La Red Internacional de Jueces de La Haya", que actúa como enlace entre jueces de distintas jurisdicciones. Estas alegaciones pueden estar dadas cuando se presentan cargos penales en contra del sustractor y de acuerdo con las leyes del Estado de residencia habitual exista la posibilidad de que quede detenido.

4. Problemas migratorios del padre o madre sustractor

Esta causal puede tratarse de manera temprana ya sea tratando de que se concedan los permisos de ingreso, con el esfuerzo del sustractor o mediante la cooperación de las autoridades centrales tendiente a agilizar su obtención. Se debe valorar la actitud del sustractor en cuanto a la celeridad o retraso para realizar la tramitación, controlando que esto no sea una mera excusa para invocar el grave riesgo.

5. Razones médicas o familiares que involucran al sustractor

Se considerará la severidad del problema de salud al igual que la posibilidad de un tratamiento médico en el Estado de residencia habitual.

Son muchas veces producto de estas alegaciones los casos en que se ha formado una nueva familia y la madre se encuentran embarazada o ya ha tenido otro hijo

con su nueva pareja y esto implica la separación de los hermanos. Se analizará si la situación fue creada por el sustractor y aprovechada para alegar el grave riesgo, además de considerar si el tribunal de la residencia habitual tendrá la oportunidad de analizar si la separación de los niños afectaría su interés superior.

6. Buenas prácticas para los tribunales

El principio general es la gestión efectiva de los casos, siendo responsabilidad del juez resolver el caso con la mayor celeridad posible y evitando que se generen demoras injustificadas.

Para ello deberá asegurarse de que las cuestiones relevantes sean identificadas en forma temprana para que las partes puedan presentar las pruebas pertinentes, teniendo en consideración la celeridad del proceso.

Se alienta al tribunal a considerar, si las autoridades centrales del Estado requirente y requerido pueden proporcionar información o asistencia respecto de las alegaciones de las partes y la disponibilidad de medidas de protección en el Estado requirente para abordar el grave riesgo.

Las guías alientan al tribunal a seguir los pasos siguientes:

1- Identificación temprana de las cuestiones más relevantes de un modo preciso, con el fin de limitar las pruebas en sus cantidad y naturaleza.

   a- Identificar las cuestiones controvertidas y cerciorarse de que las presentaciones de las partes se limiten a estas.

   b- Identificar las pruebas que se pretenden presentar

   c- Identificar cualquier hecho que se hubiere acordado por las partes con anterioridad.

2- Ofrecer una solución amigable.

Se brindarán soluciones extrajudiciales, ya sea una mediación o cualquier otro mecanismo alternativo de resolución, así como arreglos prácticos al momento de la restitución o el contacto con el padre o madre privado del hijo. Se analizará si el caso es posible de resolver mediante mediación, en especial si se trata de violencia doméstica, para lo que se recomienda una evaluación detallada de la idoneidad del caso para la mediación preferentemente realizada por mediadores profesionales.

3- Participación de las partes en el proceso.

Se deberá asegurar la equidad y la participación de todas las partes en el proceso a fin de aportar información eficaz y determinar cuál será el procedimiento a través del que las partes intercambiaran documentos y notificaciones, si ello no se encuentra dispuesto en la legislación.

4- Participación del niño en el proceso.

La Convención sobre los derechos del niño establece como uno de los derechos del menor el de ser oído. La forma en que el niño será oído será dispuesta en

consonancia con las prácticas de los diferentes Estados contratantes, en ciertos casos es escuchado directamente por el tribunal y en otros por una persona idónea.

El menor debe ser informado de manera oportuna sobre el procedimiento y sus posibles consecuencias, habida cuenta de su edad y su grado de madurez.

5- Las pruebas aceptadas deberán ser solo las relevantes.

Estos casos requieren un especial cuidado con las pruebas periciales ya que estas pueden demorar el proceso, por lo tanto, se evaluará si es imprescindible para la alegación de grave riesgo presentada por el sustractor una prueba de este tipo, en caso de que así sea, se pondrá una fecha límite. Si se tiene la oportunidad se designará al experto y se considerará que el informe pueda ser brindado por medio de sistemas de audio o audiovisuales en vez de utilizar el informe escrito que puede causar demoras.

7. Conclusiones

Se observa a través de la lectura de la jurisprudencia contenida en las Guías de Buenas Prácticas y de sus interpretaciones orientadoras, como estos instrumentos de *soft law* a pesar de no ser vinculantes, son utilizados como una eficaz herramienta por los operadores jurídicos, configurando por ello una actualización convencional a los cambios sociales y culturales provenientes del devenir histórico.

Bibliografía

- Pérez, Elisa, "Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", 1982. https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf. (Consulta: 27 de marzo de 2022).
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio Sobre sustracción Internacional de Menores, Guías de Buenas Prácticas, Parte VI, Artículo 13 (1)(b), 2020.

Listado de legislación

Jurisprudencia

- Corte de Casación (Francia), 25 de febrero de 2009, NP 08-18126.
- Corte de Apelación de Rennes (Francia), 28 de junio de 2011, RG 11/02685.
- Corte de Casación (Francia), 19 de noviembre de 2014, NP 14-17.493.
- Corte de Apelaciones para el segundo circuito (Estados Unidos), 13 de junio de 2013, 720 F.3d 96.

CONSIDERACIONES PARA LA CONFIGURACIÓN DE UNA NORMA DE CONFLICTO MODERNA DE DERECHO CORPORATIVO

CONSIDERATIONS FOR THE CONFIGURATION OF A MODERN CONFLICT RULE OF CORPORATE LAW

Franco Palavecino Muñoz*

RESUMEN

Este trabajo analiza las distintas fórmulas que la norma de conflicto de derecho corporativo ha adoptado en la experiencia comparada, sugiriendo que el modelo de la constitución es aquella que mejor responde a las exigencias creadas por la progresiva globalización de los mercados. La obsolescencia del factor de conexión de la nacionalidad y la competencia regulatoria son dos fenómenos jurídicos cuya existencia se demuestra con gran nitidez en el Derecho Internacional Privado societario, revelando la disminución de la comprensión de los Estados de los procesos trasnacionales y la preponderancia de la iniciativa privada en la regulación de las relaciones jurídicas transfronterizas.

PALABRAS CLAVE: *Lex societatis; Nacionalidad de las personas jurídicas; Competencia regulatoria; Modelo de la constitución; Modelo de la sede real .*

ABSTRACT

This paper analyses the different formulas that the conflict-of-law rule has adopted in corporate law from a comparative perspective, suggesting that the incorporation theory is the most suitable formulation to respond to the progressive globalization of markets. The obsolescence of nationality as a connecting factor and regulatory competition are two legal phenomena whose existence is demonstrated with great clarity in corporate private international law, revealing the diminished understanding of States of transnational processes and the preponderance of private initiative in the regulation of cross-border legal relationships.

KEYWORDS: *Lex societatis; Corporate nationality; Regulatory competition; Incorporation theory; Real seat theory.*

1. Introducción

Cuestión suficientemente conocida es que el Derecho Internacional Privado chileno carece de soluciones en diversos sectores, habiéndose encargado la jurisprudencia de suplir los vacíos normativos y la doctrina de guiar las decisiones.[1] Particularmente, el Derecho Internacional Privado chileno no regula sistemáticamente el Derecho societario o *lex societatis*, esto es, el régimen jurídico aplicable a la formación,

* Egresado por la Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Internacional Privado y Derecho de los Negocios Internacionales. Correo electrónico: franco.palavecino@derecho.uchile.cl

1 Mereminskaya, Elina, "Las paradojas del Derecho Internacional Privado chileno", *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, nº 1, 2007, pp. 143-156.

existencia y extinción de las personas jurídicas como vehículos jurídicos o sujetos normativos con personalidad jurídica.[2-3] El problema se agudiza debido al limitado desarrollo dogmático en la materia, existiendo solo unos pocos estudios.[4] El más acabado intento de sistematización del derecho internacional privado societario chileno disponible propone que el régimen jurídico chileno de la *lex societatis* se construye a partir de algunas normas del Código de Derecho Internacional Privado[5] y otras normas sectoriales, específicamente el artículo 121 de la ley nº 18.046, sobre sociedades anónimas y el artículo 446 del Código de Comercio.[6]

Atendida la escasa literatura y a la luz de la presentación del Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en 2020, resulta más que nunca atingente reflexionar sobre cómo diseñar y concebir una norma de conflicto segura, de aplicación simple y sensible a los más recientes avances en la disciplina y a la progresiva globalización de los mercados. Para dicho propósito, este trabajo tiene por objeto comentar la relación entre la regulación del Derecho societario y dos fenómenos jurídicos generales del Derecho Internacional Privado contemporáneo: la obsolescencia del factor de conexión de la nacionalidad y la competencia regulatoria.

2. La obsolescencia del factor de conexión de la nacionalidad

Existe en la doctrina una tendencia generalizada a asimilar las personas jurídicas con las personas naturales. Por cierto, algunos autores proponen que el conjunto de instituciones o situaciones jurídicas vinculadas a la persona jurídica estaría regido por su ley personal, de modo analógico a la regulación de las personas naturales.[7] Por tanto, el análisis del régimen jurídico-conflictual debería reconducirse al

2 Una tarea necesaria para el estudio de la *lex societatis* es especificar a qué sectores se extiende el Derecho Internacional Privado societario. Esta determinación reviste especial dificultad, ya que el Derecho societario se yuxtapone con el Derecho común y una gran cantidad de Derechos especiales. Las convergencias entre el Derecho societario con el Derecho contractual, de la responsabilidad civil, el Derecho concursal, tributario, laboral, de mercado de valores, supone un esfuerzo de calificar los distintos aspectos del Derecho societario. Por razones de extensión, no es este el lugar para indagar en las razones conflictuales que resuelvan qué ordenamiento jurídico es el que está más conectado con el asunto en específico.

3 Heine, Klaus y Kerber, Wolfgang, "European Corporate Laws, Regulatory Competition and Path Dependence", *European Journal of Law and Economics*, vol. 13, nº 1, 2002, p. 57.

4 Véase Vásquez Palma, María Fernanda, "¿Hacia dónde va el derecho societario?: un análisis desde el derecho comparado y una propuesta preliminar para el derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, nº 1, 2015, pp. 57-91; Mardones, Marcelo, *Fusión internacional de sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico chileno*, Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2014; Puga, Juan Esteban, *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020.

5 El artículo 2º de la Convención de Derecho Internacional Privado establece que las disposiciones del Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes. No obstante, la Corte Suprema ha fallado a favor de la aplicabilidad del Código de Derecho Internacional Privado incluso respecto de Estados que no lo han ratificado como criterio doctrinal o como principio general del Derecho. Véase Corte Suprema, 24 de abril de 1959, R.D.J., T. 56, Sec. 2, p.66.

6 En su tesis doctoral, Marcelo Mardones procura demostrar desde una perspectiva jurídico-societaria y conflictual la plausibilidad de que se efectúen fusiones internacionales de sociedades anónimas bajo el ordenamiento jurídico chileno. Para ello, el autor dedica un apartado al estudio de la *lex societatis* en el ordenamiento jurídico chileno, proponiendo que "atendidos los artículos 121 de la LSA y 447 del CCom, la ley personal [de las personas jurídicas extranjeras] será la ley del lugar de constitución de dichas sociedades y su extensión viene dada esencialmente por diversas disposiciones del CDIPr". Mardones, cit. (n°4), p. 459.

7 Véase Lévy, Laurent, *La nationalité des sociétés*, LGDJ, Paris, 1984, pp. 23-25; Menjucq, Michel, *Droit International et Européen des Sociétés*, 6ª ed., LGDJ, Paris, 2021, pp. 23-46; Kley-Struller, Andreas, "Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen", *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht,* vol. 2, nº 91, 1991, pp. 166-167.

estatuto personal de la persona jurídica, sin ser necesario utilizar un término especial (*lex societatis*). La doctrina civil enseña que tanto personas naturales como jurídicas gozan de atributos de la personalidad: ambos gozan de nombre, capacidad de goce y de ejercicio, domicilio, patrimonio y nacionalidad. Es probable que esta asimilación se explique porque ambos tipos de personas actúan muy similarmente en la vida jurídica patrimonial.

No obstante lo señalados, estimamos que la asimilación de las personas naturales a las jurídicas es un error conceptual. La alusión que las legislaciones realizan al estatuto personal de las personas naturales se refiere precisamente a cuestiones que no incumben a las personas jurídicas, como son el estado civil, las relaciones de familia y la capacidad.[8] Si bien la literatura suele proponer que las personas jurídicas ostentan capacidad, los criterios y categorías de la capacidad de las personas naturales –como son la edad, la interdicción o la demencia– no pueden extrapolarse a la regulación de la capacidad de la persona jurídica al obedecer a lógicas distintas. La determinación sobre si una persona jurídica tiene capacidad atiende a la lógica propia del Derecho contractual, confiriéndosele personalidad jurídica dependiendo de si el acto constitutivo se ha otorgado válidamente, esto es, en cumplimiento de los requisitos, formalidades y solemnidades establecidas por la ley.

Es probable que este error conceptual haya inducido a un segundo error, esto es, concebir la nacionalidad de las personas jurídicas como un factor de conexión adecuado para formar parte de las normas de Derecho Internacional Privado societario. Por cierto, existen numerosos ordenamientos jurídicos que construyen el estatuto societario sobre la base del vínculo de la nacionalidad. No obstante, esta construcción dificulta la comprensión de la distinción entre la determinación de la nacionalidad de la persona jurídica, la determinación del régimen aplicable a la persona jurídica y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades que operan en el extranjero. Si la norma de conflicto de la *lex societatis* preceptúa que la ley aplicable a la persona jurídica es la de su nacionalidad, dicha aparente solución solamente reproduciría nuevos problemas de naturaleza conflictual. Sería entonces necesario identificar cuáles son los criterios que según dicha ley determinan la nacionalidad de la persona jurídica, criterios que, en varios ordenamientos como el chileno,[9] no están contenidos en una norma de carácter general. Esta situación podría potencialmente conducir a decisiones contradictorias y gran incerteza jurídica, al convivir en el ordenamiento una serie de preceptos que, aisladamente, califican las personas jurídicas como nacionales o extranjeras para los efectos establecidos en esas mismas normas,[10] pudiendo potencialmente cualquiera de ellas ser concebida como la norma de conflicto de la *lex societatis*.

8 El artículo 15 del Código Civil chileno extiende la aplicación de la ley chilena a los chilenos residentes o domiciliados en el extranjero respecto de sus relaciones de familia y a su capacidad para ejecutar actos que hayan de tener efecto en Chile.

9 El artículo 10 de la Constitución Política de la República es una norma de carácter general que establece los criterios de determinación de la nacionalidad de las personas. No obstante, dicha regla sólo es aplicable a las personas naturales.

10 A modo de ejemplo de la diversidad de criterios existentes en el ordenamiento jurídico chileno, véase el artículo 32 de la Ley General de Bancos (lugar de constitución), el artículo 7º del Decreto Ley nº 1.939, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado (lugar de la sede social y/o la nacionalidad de los socios), el artículo 38 letra b) del Código Aeronáutico (lugar de constitución, de la sede real y nacionalidad de los socios), el artículo 9º de la ley nº 19.733,

Pero aun si existiera una sola norma que especificara claramente los criterios de determinación de la nacionalidad de la persona jurídica, el ejercicio conflictual se complejiza innecesariamente. El Derecho Internacional Privado español sirve como ejemplo. Si según el Código Civil español el Derecho aplicable a la persona jurídica está determinado por su nacionalidad,[11] y la nacionalidad de la persona jurídica queda determinada por el lugar de constitución (domicilio), resulta redundante que la norma de conflicto envíe la regulación del asunto a la norma que establece el criterio para determinar la nacionalidad de la persona jurídica que, a su vez, reenvía la solución al lugar de su constitución. Bastaría sencillamente que la norma de conflicto refiriera la regulación al lugar de constitución, prescindiendo del factor de la nacionalidad.

Sumado al innecesario desgaste intelectual que deriva de la duplicación del ejercicio conflictual, la observancia del principio de nacionalidad en el Derecho Internacional Privado resulta cada vez más cuestionable. El principio fue fundamentalmente desarrollado por Mancini,[12] quien sostenía que el carácter de una persona está determinado por la afiliación con la nación a la que pertenece: factores como la geografía, el lenguaje, la raza, las costumbres, la historia compartida y la religión modelan la orientación normativa que rige una determinada sociedad. Como el carácter de la persona resulta influenciado por las leyes de su país de origen, el académico italiano consideraba que era ese Derecho el que debería gobernar su estatuto personal.[13]

Del carácter cultural de los factores mencionados discurre que la nacionalidad es un factor de conexión pensado originalmente para las personas naturales, y no para las jurídicas. De modo similar con la regulación de la capacidad, resulta contraintuitivo extrapolar a las personas jurídicas criterios y categorías que sirven para calificar el comportamiento, identidad y el sistema de creencias de las personas naturales.

Aun considerándose que las personas jurídicas tienen una suerte de carácter o identidad definida por su nacionalidad,[14] con el curso de la globalización tales apreciaciones sobre la cultura de origen son, en verdad, desmentidas por la realidad social. Respecto de la organización económica, se ha enseñado que es probablemente la propia persona quien se encuentra en una mejor situación que cualquier Estado

sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (lugar de suscripción del capital social), entre otros.

11 Artículo 9.11 del Código Civil español. "La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción". Artículo 28 del Código Civil español. "Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales".

12 Mancini, Pasquale, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo, pronunziata nella R. Universitá di Torino nel dí 22 gennaio 1851*, Tipografia Eredi Botta, Turín, 1851, pp. 7-71.

13 Basedow, Jürgen, "The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict", *Recueil des cours*, vol. 360, 2015, p. 100.

14 Desde la doctrina civil, los postulados de la teoría de la realidad u organicista de la persona jurídica podrían servir de justificación para esta concepción. La teoría de la ficción, en cambio, resiste la imputación de elementos culturales a la persona jurídica.

para decidir qué ley se ajusta a sus necesidades actuales y futuras.[15] De este modo, una persona puede optar por renunciar a la aplicación del Derecho de su nacionalidad al considerar que otro ordenamiento jurídico satisface sus intereses de mejor modo. No debe olvidarse que son los propios privados quiénes deciden en qué lugar se constituye la persona jurídica, por lo que, si la nacionalidad de la persona jurídica depende del lugar de constitución, la nacionalidad se convierte en un factor de conexión artificial y más bien inútil en el ámbito del Derecho Internacional Privado societario.

La determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas tiene utilidad para otros propósitos: la legislación sectorial utiliza diferentes criterios de determinación de la nacionalidad para efectos de establecer reglas especiales en materias de tributación, formalidades de publicidad, autorizaciones administrativas, protección diplomática, el otorgamiento de franquicias o de titularidad jurídica para demandar a un Estado por el incumplimiento de una obligación internacional que emana del Derecho de las inversiones internacionales. En consecuencia, definir si una sociedad es nacional o es extranjera puede tener importantes consecuencias para delimitar la aplicabilidad de ciertos regímenes, limitaciones y beneficios,[16] pero no permite determinar el régimen aplicable a la persona jurídica.

3. Consecuencias conflictuales de la competencia regulatoria en el Derecho Internacional Privado societario

El segundo fenómeno jurídico que se representa nítidamente a través del examen del Derecho Internacional Privado societario es la competencia regulatoria. Para ilustrarlo, es necesario revisar los dos principales modelos normativos que los ordenamientos jurídicos adoptan en este sector:[17] el modelo de la constitución y de la sede real de la persona jurídica.[18]

El modelo de la constitución o de la incorporación determina el régimen aplicable a las personas jurídicas por referencia al *lugar de constitución*, con independencia del nivel de intensidad de los vínculos comerciales entre la sociedad extranjera y el Estado receptor. Para este modelo, las personas jurídicas son creaciones del Estado en el que han sido constituidas, lo que justifica que la ley del país de constitución tenga efectos extraterritoriales persiguiendo a la persona jurídica en su actuación y organización. Este modelo suele vincularse con Estados exportadores de inversión al permitir y potenciar su movilidad y establecimiento en el extranjero. Basta comprobarse la constitución válida de la sociedad en el lugar de incorporación para que opere su reconocimiento.[19]

15 Basedow, cit (n.13), p. 101.

16 (n. 10).

17 Véase Rammeloo, Stephan, *Corporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 10-20.

18 La literatura alude más frecuentemente a la *teoría* de la constitución (*incorporation theory*) y la *teoría* de la sede real (*Sitztheorie*). No obstante, los ordenamientos jurídicos implementan modelos normativos y no teorías. Garcimartín Alférez, Francisco, *Derecho de Sociedades y Conflictos de Leyes: una Aproximación Contractual*, Edersa, Madrid, 2002, p. 47.

19 Comisión Europea, Junta Directiva General para la Justicia y Consumidores, Schuster, Edmund-Philipp; Gerner-

El modelo de la sede real (*Sitztheorie*) determina el régimen aplicable a las personas jurídicas por referencia al lugar más estrechamente relacionado con la persona jurídica. No existe una forma o definición universalmente aceptada respecto de qué constituye la "conexión más cercana",[20] pero los países que siguen este enfoque suelen localizar la sede real de la persona jurídica en (i) la sede corporativa, es decir, el lugar en que se sitúa la dirección superior y el control de la sociedad (*headquarters*); (ii) el lugar donde se toman las decisiones más importantes de la empresa; (iii) el lugar en que residen los órganos sociales, administradores, juntas generales y en los que se discuten los contratos relacionados con la marcha de la empresa; o (iv) el lugar en que se radica el centro principal de actividades de la sociedad.[21] Para este modelo, en la medida en que la sede real y el lugar de constitución coincidan, operará el reconocimiento automático de la sociedad en el país receptor. En cambio, si el lugar de constitución no coincide con el lugar de la sede real de la persona jurídica, el Estado no le reconocerá personalidad jurídica para evitar fraudes a la ley.[22] Dependiendo del ordenamiento jurídico, dicha situación puede suponer el pleno desconocimiento de su capacidad jurídica y procesal o implicar una rebaja tipológica, esto es, el solo reconocimiento de la legitimidad pasiva de la persona jurídica, atribuyéndosele la calificación de una simple sociedad civil.[23] Estas sanciones procuran garantizar la existencia de un vínculo real entre la sociedad y la economía en la que se desenvuelve al exigir que se sujete a la ley del país en el que se ubica su sede para que actúe válidamente en el extranjero. En definitiva, implica que la persona jurídica se constituya en cumplimiento de los requerimientos exigidos por la ley de la sede real (*reincorporation*), que actúe según el diseño institucional que el país de la sede establece respecto del tipo social respectivo,[24] y se extinga según los mecanismos previstos en dicha ley.

En las últimas décadas, y especialmente con la fundación y desarrollo jurídico e institucional de la Unión Europea, es posible observar una tendencia al abandono del modelo de la sede real. Inspirado en el principio de territorialidad y propendiendo a la obstaculización de la aplicación del Derecho extranjero,[25] el modelo de la sede real ya no es capaz de responder adecuadamente a las exigencias planteadas y surgidas

Beuerle, Carsten; Siems, Mathias y Mucciarelli, Federico, "*Study on the law applicable to companies: final report*", Oficina de publicaciones, 2017, disponible en: https://data.europa.eu/doi/10.2838/527231, p. 13.

20 Schuster, Gerner-Beuerle, Siems y Mucciarelli, cit. (n. 19)

21 Mardones, cit. (n. 4), p. 218.

22 Kozyris, John, "Corporate Wars and Choice of Law", *Duke Law Journal*, vol. 1985, nº 1, 1985, p. 51.

23 Roth, Wulf-Henning, "From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, nº 1, 2003, pp. 183-185.

24 Un aspecto central del Derecho corporativo es la administración de la persona jurídica, existiendo a nivel comparado distintos modelos institucionales. En la tradición germánica se observa una estricta separación entre el órgano de dirección (*executive board*) encargado de la gestión ordinaria de la sociedad, y el órgano de control o vigilancia (*supervisory board dominates*) encargado de supervisar la actuación de los directores y tomar medidas preventivas y reactivas en su caso. Este modelo recibe el nombre de sistema dualista. En cambio, en la tradición anglosajona se ha adoptado extensamente el sistema monista en el que existe solo un órgano que dirige, controla y supervisa la actuación societaria. La variación existente entre los distintos derechos corporativos es un hecho que puede ser aceptado o resistido dependiendo del modelo conflictual aplicable. En caso de que un ordenamiento jurídico siga el modelo de la sede real, la persona jurídica deberá someterse a la ley de la sede, pudiendo dicha ley preceptuar un modelo de administración distinto al diseño establecido en la ley del país de constitución de la persona jurídica. Heine y Kerber, cit. (n. 3), pp. 57-58.

25 Rammeloo, cit. (n. 17), p. 11.

a propósito del potentísimo proceso de globalización económica experimentado desde la segunda mitad del siglo XX.

A partir del caso *Centros,* de 1999, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido en el ámbito comunitario la libre constitución de personas jurídicas extranjeras y la movilidad empresarial transfronteriza, aun cuando la actividad económica de la persona jurídica es escasa o nula en el Estado miembro de incorporación.[26] Varios fallos posteriores del mismo tribunal han confirmado que la libertad de establecimiento establecida en el artículo 54 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (ex artículo 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) alcanza tanto a las personas naturales como a las jurídicas, por lo que una correcta interpretación de esta norma implica atribuir consecuencias conflictuales a dicha garantía.[27] En principio, los Estados miembros son libres de implementar el modelo normativo que estimen adecuado: el de la incorporación, de la sede real o algún intermedio. Empero, el modelo elegido no puede restringir sustantivamente la libertad de establecimiento y, en consecuencia, no puede implicar el no reconocimiento de las sociedades extranjeras comunitarias. En la práctica, esta exigencia supone que el modelo que mejor protege la libertad de establecimiento es el de la constitución. Frente a esta jurisprudencia, proyectos de ley tendientes a la morigeración del modelo de la sede real o a su completo abandono se han presentado en Hungría, Alemania y Bélgica.[28] Asimismo, ordenamientos que formalmente adhieren al modelo de sede real han aplicado mecanismos tendientes a producir los efectos del modelo de la incorporación: entre ellos, jurisprudencia interna desarrollada en dicho sentido, el uso de presunciones legales o incluso la práctica de notarios y otros ministros de fe.[29]

Siguiendo a Basedow,[30] a medida que la designación de conexiones locales inequívocas con Estados únicos se vuelve más difícil y la comprensión de los Estados acerca de tales vínculos disminuye, los actores privados están adoptando un papel cada vez más activo en la ordenación de procesos transnacionales y en los distintos supuestos de hecho. Los privados ya no son, como solían ser entendidos, meros súbditos de un Estado soberano designado como el único apto para resolver la controversia merced de la aplicación de las normas de Derecho Internacional relativas a las relaciones jurídicas privadas. Ha sido necesario un largo camino para abandonar la comprensión público-internacionalista del Derecho Internacional Privado[31] hasta lo que actualmente se conoce como competencia de sistemas o competencia regulatoria. Una de las consecuencias del acercamiento nacional al

26 Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97 (Centros v. Selskabsstyrelsen), Recopilación de Jurisprudencia 1999, página I-01459, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0212.

27 Roth, cit. (n. 23), pp. 177-178.

28 Mardones, cit. (n. 4), pp. 211-212.

29 Comisión Europea, cit.(n.19), p. 134.

30 Basedow, cit. (n.13), pp. 107-116.

31 Sánchez Lorenzo, Sixto, "Estado Democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado", *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 10, 2010, pp. 5-6.

Derecho Internacional Privado y de la existencia de normas de conflicto divergentes en los diferentes Estados es la posibilidad que se les presenta a los actores privados de elegir entre los diversos sistemas de Derecho Internacional Privado y, de esta manera, optar entre las diferentes leyes sustantivas que están en vigor en los distintos países implicados.

En sectores dirigidos por la regulación privada, y a la luz del incremento de la movilidad transfronteriza de individuos, sociedades y factores de producción, el Derecho Internacional Privado avanza hacia una manera de entender la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos como un verdadero mercado en que los Estados son los productores de leyes, y los privados son los consumidores de esas leyes.

Desde el punto de vista de los Estados, la maximización del bienestar de la sociedad se conseguiría mediante la mejora de las reglas que componen el ordenamiento jurídico para aumentar su competitividad comparativamente con otros sistemas jurídicos.[32] En relación con el Derecho corporativo, la competencia regulatoria se materializa a través de la adopción de reglas más laxas para la constitución de personas jurídicas, lo que en definitiva capta un mayor volumen de incorporaciones societarias.[33]

Desde el punto de vista de los privados, el aumento de la eficiencia en el uso de sus recursos se conseguiría mediante la elección y aplicación del sistema jurídico que mejor responda a sus intereses y necesidades.[34] En relación con el Derecho societario, las personas jurídicas serán preferiblemente constituidas en ordenamientos con leyes corporativas que tengan el potencial de aumentar el valor de empresa y el rendimiento neto.[35]

El fenómeno de la competencia regulatoria se ve claramente reflejado en el abandono del modelo del asiento real y la adopción progresiva del modelo de la incorporación. En el ámbito comunitario, la competencia regulatoria desencadenada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea solo llegó a su fin cuando los Estados Miembros ajustaron sus leyes societarias nacionales, esto es, cuando dejaron de requerir un vínculo real entre la persona jurídica y la economía del Estado receptor.

4. Conclusión

Las reflexiones anteriormente expuestas procuran demostrar que una norma de conflicto de Derecho corporativo inserta en el siglo XXI debe tener por factor de

32 Heine y Kerber, cit. (n. 3), p. 51.

33 Romano, Roberta, "Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle", *Journal of Law, Economics and Organization,* vol. 1, 1985, p. 228.

34 Romano, cit. (n. 33), p. 228.

35 La literatura estadounidense ha aducido evidencia empírica para demostrar que las empresas constituidas en Delaware tienen un valor empresarial más alto y rendimientos netos más altos que las empresas constituidas en otros Estados (*efecto Delaware*). En consecuencia, la competencia regulatoria da como resultado la selección de reglas que aumentan la eficiencia. Heine y Kerber, cit. (n. 3), p. 55.

conexión el lugar de la constitución de la persona jurídica. La iniciativa privada ha progresivamente asumido el liderazgo en la regulación de las relaciones jurídicas transfronterizas al intensificarse la permeabilidad de las fronteras nacionales y al aumentar en número los contactos trasnacionales.[36] De este modo, los factores de conexión de la nacionalidad y de la sede real se han tornado un tanto anacrónicos al restringir la autonomía privada y la movilidad transfronteriza, creando ineficiencias y aumentando los costes de transacción.

De aprobarse el Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, tendremos la fortuna de contar con una norma de conflicto que alberga estas conclusiones. Por cierto, el artículo 28 preceptúa que "la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas se rigen por la *ley del lugar de su constitución*, esto es, la ley del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo exigidos para la creación de dichas personas jurídicas". Una norma como esta tiene el potencial de maximizar el bienestar social y satisfacer las preferencias de una sociedad cada vez más heterogénea.

Bibliografía

- Basedow, Jürgen, "The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict", *Recueil des cours*, vol. 360, 2015.
- Comisión Europea, Junta Directiva General para la Justicia y Consumidores, Schuster, Edmund-Philipp; Gerner-Beuerle, Carsten; Siems, Mathias y Mucciarelli, Federico, "*Study on the law applicable to companies: final report*", Oficina de publicaciones, 2017, disponible en: https://data.europa.eu/doi/10.2838/527231.
- Garcimartín Alférez, Francisco, *Derecho de Sociedades y Conflictos de Leyes: una Aproximación Contractual*, Madrid, Edersa, 2002.
- Heine, Klaus y Kerber, Wolfgang, "European Corporate Laws, Regulatory Competition and Path Dependence", *European Journal of Law and Economics*, vol. 13, nº 1, 2002, pp. 47-71.
- Kley-Struller, Andreas, "Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen", *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, vol. 2, nº 91, 1991, pp. 163-202.
- Kozyris, John, "Corporate Wars and Choice of Law", *Duke Law Journal*, vol. 1985, nº 1, 1985, pp. 1-99.
- Levy, Laurent, *La nationalité des sociétés*, LGDJ, Paris, 1984.
- Mancini, Pasquale, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo, pronunziata nella R. Universitá di Torino nel dí 22 gennaio 1851*, Tipografia Eredi Botta, Turín, 1851, pp. 7-71.
- Menjuco, Michel, *Droit International et Européen des Sociétés*, 6ª ed., LGDJ, Paris, 2021.

36 Basedow, cit (n.13), p. 135.

- Mereminskaya, Elina, "Las paradojas del Derecho Internacional Privado chileno", *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, nº 1, 2007, pp. 143-156.
- Mardones, Marcelo, "*Fusión internacional de sociedades anónimas en el ordenamiento jurídico chileno*", Tesis para la obtención del grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2014.
- Puga, Juan Esteban, *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020.
- Rammeloo, Stephan, C*orporations in Private International Law. A European Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Romano, Roberta, "Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 1, 1985, pp. 225-284.
- Roth, Wulf-Henning, "From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, nº 1, 2003, pp. 177-208.
- Sánchez Lorenzo, Sixto, "Estado Democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado", *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 10, 2010, pp. 1-11.
- Vásquez Palma, María Fernanda, "¿Hacia dónde va el derecho societario?: un análisis desde el derecho comparado y una propuesta preliminar para el derecho chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, No. 1 (2015), pp. 57-91.

Jurisprudencia

- Corte Suprema, 24 de abril de 1959, R.D.J., T. 56, Sec 2, p.66.
- Tribunal de Justicia, 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97 (Centros v. Erhvervsog Selskabsstyrelsen), Recopilación de Jurisprudencia 1999, página I-01459, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0212

Legislación

- Ley nº 18.046, 1981, sobre sociedades anónimas.
- Código de Comercio de Chile.
- Código Civil de Chile.
- Código Aeronáutico de Chile.
- Decreto Ley nº 1.939, 1977, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.
- Decreto con Fuerza de Ley nº 3, de 1997, Ley General de Bancos.
- La ley nº 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo
- Real Decreto de 24 de Julio de 1889, que aprueba el Código Civil de España.
- Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, 1957.

LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

DIRECT ACTION BY THE INJURED IN CIVIL LIABILITY INSURANCE

Carolina Bardisa Elgueta*

RESUMEN

La historia de la sociedad va da la mano con la evolución del Derecho, es por ello que los grandes hitos de la humanidad implican normalmente un cambio o una adaptación de las normas jurídicas, pues las necesidades de los sujetos mutan. Y, la responsabilidad civil no se encuentra ajena a este fenómeno. Por ello, desde que la víctima asumió un rol importante en la responsabilidad civil, surgió la necesidad de aumentar su protección, entrando en la ecuación otras instituciones, como los seguros de responsabilidad civil y la acción directa. Esta última, es el objeto del presente trabajo, y de ella podemos adelantar que, su finalidad es la reparación rápida y efectiva de la víctima, sin que ella tenga que sufrir por una eventual insolvencia del autor del ilícito, ya que puede demandar directamente el pago de su indemnización a la compañía aseguradora, pese a no ser parte del contrato de seguro.

PALABRAS CLAVE: Acción directa; responsabilidad civil; Acción subrogatoria; contrato de seguro de responsabilidad civil; solidaridad; tercero víctima del daño

SUMMARY

The history of society goes hand in hand with the evolution of the Law, that is why the great milestones of humanity usually involve a change or an adaptation of the legal norms, because the needs of the subjects change. And civil liability is not unrelated to this phenomenon. Therefore, since the victim assumed an important role in civil liability, the need arose to increase their protection, with other institutions entering into the equation, such as liability insurance and direct action. The latter is the object of the present work, and from it we can anticipate that its purpose is the prompt and effective reparation of the victim, without her or him having to suffer for a possible insolvency of the perpetrator of the illicit act, since he or she can claim compensation directly from the insurance company, even though the victim is not a party to the insurance contract.

KEYWORDS: Direct action; civil liability; subrogation action; civil liability insurance contract; solidarity; third victim of damage.

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y Profesora de Derecho Civil de la Universidad de las Américas, Máster en Derecho de Daños de la Universidad de Girona, correo carobardisa@gmail.com

1. Introducción

En la sociedad moderna y globalizada actual se realizan más actividades riesgosas,[1] por lo que el tema de los daños que pueda sufrir una persona, tanto patrimonial como extrapatrimonial, tiene importancia, y no solo del punto de vista de quien los ocasiona, sino también de las víctimas que los sufren.[2] Es decir, el Derecho y la Política nacional e internacional actualmente deben preocuparse y ocuparse, tanto de la persona que tendrá que reparar el daño como de la persona que lo sufrió.[3]

Para esto, se ha ido cambiando el paradigma en distintas materias. Así. actualmente no solo importa la sanción al autor del daño, sino también la víctima y su reparación.[4] Por otro lado, se trata de evitar el cataclismo que genera en el autor de un daño, el tener que repararlo y, por otro lado, se mira con más amplitud la responsabilidad civil, llegando a casos de responsabilidad objetiva o casos de culpa presunta. Además, en esta evolución están los seguros,[5] los cuales emergen a raíz del comercio y también han avanzado en su regulación y aceptación, por ejemplo, ya es licito asegurar la responsabilidad civil y también establecer seguros obligatorios.[6]

En materia de seguros, resulta relevante tener claro, al menos superficialmente, sus protecciones. A grandes rasgos, desde el punto de vista del asegurado, este se encuentra amparado normalmente por una ley especial de seguros y también está protegido como consumidor, así como por la responsabilidad contractual, y también por todas las normas que fiscalizan el comercio de seguros. Desde el punto de vista de la aseguradora, esta normalmente tiene acciones como la de repetición y la de subrogación, más las contenidas en la propia póliza que pueden permitirle liberarse o limitar su responsabilidad. Pero, también existen protecciones al tercero perjudicado,[7] las cuales pueden ir por ejemplo, desde la solidaridad entre aseguradora y asegurado, la acción directa contra la compañía de seguros o contra un fondo de garantía en su caso, el pago directo, la acción oblicua, un crédito preferente, la inmunidad de la acción del perjudicado frente a las posibles excepciones que el

1 No solo en la actividad empresarial, sino también en las actividades entre particulares. Existen actividades cotidianas altamente riesgosas, como la circulación vehicular y ferroviaria, la caza, la energía nuclear y la actividad de la construcción.

2 Por la función social del contrato de seguro de responsabilidad civil, el cual también tiene como finalidad proteger a las víctimas del daño, reforzando el traslado de las consecuencias del daño producido a la aseguradora, dentro de los límites de la cobertura. Sánchez, Fernando, La *Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 1119

3 Para lo cual, se puede hacer uso de las herramientas entregadas por las distintas ramas del derecho, como el Derecho comercial, derecho civil, análisis económico del derecho, derecho penal.

4 Es más, el concepto de víctima y daño también se han ido perfeccionando

5 Que evitan el riesgo de la insolvencia y también cumplen con una función social.

6 En general los Códigos decimonónicos, se consideraba peligroso para el orden público y las buenas costumbres. Además, algunos indicaban que, el riesgo era entendido como la ocurrencia de un caso fortuito, excluyendo por ende la posibilidad de asegurar hechos culposos.

7 Existen mecanismos que vinculan el interés del tercero perjudicado con la obligación contractual del asegurador, estos son: bloqueo de la indemnización; acción de cobro contra el asegurador en caso de insolvencia; privilegio del tercero perjudicado sobre la indemnización; cesión del crédito del asegurado al tercero perjudicado; acción directa. Lagos, Osvaldo, "Fundamento y régimen de la vinculación entre el tercero perjudicado y el asegurador voluntario de responsabilidad civil: una cuestión de derecho privado", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 26, 2016, pp. 200 y ss.

asegurador pudiera tener contra el asegurado,[8] y por cierto la existencia de seguros obligatorios, más los casos de responsabilidad objetiva o presunta.

Por lo anterior, nos resulta interesante analizar y comentar la acción directa del perjudicado en los seguros de responsabilidad civil,[9] es decir, aquella que tiene el tercero perjudicado para cobrar al asegurador la indemnización de un seguro de responsabilidad civil contratado por el causante de los daños. Esta se trata de una institución poco tradicional,[10] ya que el ordenamiento jurídico está reconociendo un derecho propio a un tercero -ajeno de la relación contractual aseguradora y asegurado- el poder de cobrar directamente a la aseguradora la indemnización de los daños que le ocasionó el asegurado, permitiendo que el pago ingrese directamente al patrimonio de la víctima.

En esta oportunidad, nos centraremos en la acción directa, explicando su diferencia con la subrogación, su relación con la solidaridad y qué ocurre con las excepciones que se pueden interponer por la aseguradora contra el tercero. Para ello, comentaremos cómo se regula y aplica en algunos países donde la reconocen expresamente, y, para terminar, comentaremos la situación de la acción directa en Chile.

8 En la doctrina y jurisprudencia española se indica que existe una inmunidad del perjudicado (se recomienda la obra del profesor Veiga, Abel, *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 209 ss.), pero ello no es absoluto, pues, como indica Rafael La Casa "El asegurador puede esgrimir frente al perjudicado todas aquellas condiciones establecidas convencionalmente relativas al objeto del contrato que podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que este fuera quien hubiese reclamado: así, por ejemplo, límites cuantitativos de la cobertura, franquicias, riesgos excluidos (STS, 1°, de 22 de noviembre de 2006, RJ 2007/297; de 12 de noviembre de 2013, RJ 2013/7865; y de 20 de mayo de 2014, RJ 2014 /3761). Con todo, debe dejarse constancia de que recientemente se ha introducido una importante matización sobre el tema, al declarase que, si bien la ordenación legal permite al asegurador oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo no cubierto en el contrato, no le autoriza a alegar aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como sucede en el supuesto paradigmático de causación dolosa del daño (STS, 1°, de 17 de abril de 2015, RJ 2015/1199). Por lo que atañe a las excepciones propiamente dichas, las personales que no pueden ser opuestas por el asegurador frente a la reclamación del perjudicado son las referidas a los incumplimientos del contrato de seguro, siempre que no hayan llegado a producir su extinción, en aquellos supuestos en que, como consecuencia de tales contravenciones, el asegurador no llegaría a estar obligado frente al asegurado, o llegaría a estarlo solo parcialmente. Tales son los casos, señaladamente, de las infracciones relativas al deber de declaración del riesgo o de comunicación de su agravación [arts. 10 y 12 Ley de Contrato de Seguro, en adelante LCS], de la suspensión de la cobertura derivada de la falta de pago de la prima (art.15, párr. segundo LCS), del incumplimiento del deber de información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro (art. 16, párr. segundo LCS), del incumplimiento del deber de salvamento (art. 17, párrs. primero y segundo, LCS) y del incumplimiento del deber de comunicar la existencia de otros seguros (art. 32 LCS). En cambio, el asegurador sí podrá oponer a la víctima, tanto las excepciones basadas en la relación entre el asegurado y el tercero (que son las derivadas de la naturaleza de la obligación de indemnizar y se califican como comunes, porque afectan al asegurador y asegurado, art. 1148 CC de España), como las personales del asegurador frente al perjudicado (art. 76 LCS, que reitera la regla general del art. 1148 CC de España). La Casa, Rafael, *Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil*, Cuadernos de la Fundación, C/221, Fundación Mapfre, Madrid, 2017, pp. 76 y 77.

9 En Chile, esta materia fue intensamente discutida en la tramitación parlamentaria de lo que sería la ley nº 20.667, que regula el contrato de seguro, que modificó en 2013 nuestro Código de Comercio. En este debate, el autor del proyecto de la ley, don Osvaldo Contreras, defendió con ímpetu su consagración explícita que estaba en el artículo 572 original. No obstante, en definitiva, la ley (arts. 570 y ss. del Código de Comercio) no consagró explícitamente la acción directa contra del asegurador de responsabilidad civil.

10 Pues rompe el principio de los efectos relativos del contrato.

En cuanto al reconocimiento de la acción directa, podemos adelantar que, varios ordenamientos jurídicos modernos -como en España, Bélgica, México, Colombia y Francia[11]- la victima cuenta explícitamente con la acción directa.[12]

Mientras que en Chile, teniendo en cuenta la actual legislación, nos encontramos con posturas que aceptan su procedencia y otros que la rechazan.

2. Acción directa en el Derecho

La acción directa no es algo exclusivo de los seguros, es más, ella también existe en materia de responsabilidad contractual, pero su fundamento se busca en la idea de los contratos conexos, en la idea de privilegio, o en el enriquecimiento injusto de los acreedores del deudor intermedio en los supuestos de insolvencia (aunque al tener estos acreedores terceros créditos contra el deudor intermedio, no puede hablarse de un enriquecimiento sin causa). Nos referimos, por ejemplo, al caso de la acción directa en el contrato de obra en el Derecho español, donde el legislador (art. 1597 CC de España) concede -a quienes ponen su trabajo y materiales en una obra- un derecho a reclamar contra el dueño de la misma para el pago de sus créditos; también existe acción directa (art 1552 CC de España) del arrendador contra el subarrendatario, por la cual el arrendador podrá dirigirse contra el subarrendatario en reclamación de las rentas adeudadas por el arrendatario al arrendador, en virtud del contrato de arrendamiento.[13] Mientras que en Chile se indican como casos en que se admite esta figura los previstos en los artículos 1280, 2003 regla 5º y 2138 todos del Código Civil, también en el Código del Trabajo, al regular la subcontratación, a partir del art. 183 A, y en ley nº 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Pero, como bien lo indica el título de este trabajo, nos centraremos en la acción directa en materia de seguros, especialmente en seguros de responsabilidad civil, la cual tiene por finalidad tutelar el crédito indemnizatorio de los perjudicados,[14] lo que nos puede llevar a una doble función del seguro de responsabilidad civil, proteger el patrimonio del asegurado (interés asegurable) y también el pago a la víctima. La acción directa, es la acción que posee la víctima de un daño en contra de quien asumió un riesgo de responsabilidad en calidad de asegurador, dentro de los límites de la cobertura de la póliza.

11 Su origen fue jurisprudencial, donde se fundaba en el derecho a cobrar la indemnización de la víctima, y en el razonamiento de no poder existir un derecho sin acción para ejercerlo. En Francia, desde 2007, se contempló de manera expresa la acción directa para todos los casos de seguros de responsabilidad civil.

12 Contreras, Osvaldo, *Derecho de Seguros*, 4ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp. 525 ss.

13 Iriarte, José y Casado, Marta, "La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario", *Cuadernos de la Fundación*, Fundación Mapfre, Madrid, 2013, p. 16 ss.

14 Se indica que los principales roles del seguro son: 1) Facilitar el desarrollo industrial y comercial, por ser un mecanismo de seguridad y de contención de riesgos; 2) Fomentar la creación de riquezas, al permitir reservas técnicas y sociales de las aseguradoras, así como la preservación del capital y patrimonio de los asegurados; 3) Facilitar las operaciones de crédito; 4) Función social, tratándose de los seguros de previsión y salud. Barroilhet, Claudio y Angelbeck, Robert, *Derecho de Seguros. Parte General*, Librotecnia, Santiago, 2017, p. 21.

Pero este no es el único mecanismo que existe con este fin, pues, por ejemplo, están los seguros obligatorios para ciertas actividades, la acción subrogatoria, y los mecanismos de privilegio del crédito del tercero sobre la suma asegurada.

Quedémonos con la acción directa. Como se pudo ver, la figura en esta institución es curiosa, pues es triangular, ya que, por un lado, tenemos una relación contractual, entre la aseguradora y el asegurado, y por otro lado tenemos a un tercero que sufre un daño causado por un hecho ilícito imputable al asegurado. Es decir, tenemos una responsabilidad contractual que obliga a la aseguradora y responsabilidad extracontractual a partir de la cual la víctima exige al autor una reparación por el cuasidelito civil verificado o a la aseguradora de éste. En otras palabras, tenemos a un tercero titular de un derecho y una acción para exigir el cumplimiento de una obligación contractual de la cual no fue parte. Además, en esta institución no se vela solo por el patrimonio del asegurado, sino que se busca proteger a la víctima del ilícito, como ya dijimos. Otra peculiaridad es el rechazo inicial que sufrieron los seguros de responsabilidad civil, pues se consideraba inmoral admitir una cobertura de un siniestro generado con culpa del asegurado.

Así, tenemos un cuarzo de distintas tonalidades, que genera diversos dilemas en la doctrina, entre ellas: ¿el derecho que tiene el tercero es independiente y autónomo del asegurado (es *de iure* o propio)?, ¿se debe respetar el límite de indemnización de la póliza?, ¿la aseguradora puede interponer excepciones al tercero?, ¿cómo se demanda a la aseguradora?, ¿requiere reconocimiento legal expreso la acción directa o basta con contemplar un derecho a indemnización del tercero?, ¿la acción directa, en realidad, es una acción subrogatoria?, ¿existe solidaridad pasiva entre asegurado y aseguradora?, ¿sólo opera en los seguros obligatorios?, ¿implica un derecho o solo una sustitución procesal?

Para intentar dilucidar algunas de estar interrogantes, partamos indicando que, en el ordenamiento comunitario europeo, antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, la admisibilidad de la acción directa contra el asegurador estaba sometida normalmente a la ley aplicable al contrato de seguro de cada ordenamiento jurídico, pero también algunos Estados buscaban la solución en la ley aplicable a la obligación extracontractual. En esa misma época, varios fueron los argumentos utilizados para aceptar o no la acción directa del perjudicado frente a la aseguradora, así se dijo que el Reglamento Roma I era para obligaciones contractuales, por ello no se podía aplicar a la acción directa; también se indicó la necesidad de proteger a las aseguradoras frente a eventuales pactos entre la víctima y el asegurado, y la seguridad jurídica.

Esta situación cambió con el 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 («Roma II»), que la estableció en su art. 18, para obligaciones extracontractuales, sin pronunciarse acerca de su calificación o naturaleza. Por tanto, subsisten las interrogantes si la relación entre la víctima y el asegurado es contractual (como un seguro de responsabilidad civil profesional), pues ni el Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales,

ni el 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») contienen disposiciones sobre el ejercicio de la acción directa.

Toquemos otro punto. Se debe aclarar que, es distinto considerar esta acción como independiente y producto del derecho propio del tercero a ser indemnizado, a considerarla como una acción subrogatoria. Pues, en caso de ser considerada subrogatoria, el tercero víctima, pasa a ocupar el lugar del asegurado respecto de la aseguradora, por lo tanto, la aseguradora le podrá interponer todas las excepciones personales que tenía contra el asegurado y además, le pagará la indemnización a éste último, lo que significa que el dinero ingresará al patrimonio del asegurado, exponiéndolo a los demás créditos que pueda tener el asegurado con otros acreedores, por lo que la pretensión resarcitoria del tercero perjudicado se puede ver frustrada frente a la de otro acreedor con mejor derecho. Así, la diferencia entre acción directa[15] y acción subrogatoria o indirecta, es que la acción directa, la victima actúa *iure propio*,[16] no se subroga ni pretende una suerte de sustitución procesal respecto del asegurado dañante, por lo tanto, la aseguradora no puede interponerle las mismas excepciones que emanan de la relación contractual con su asegurado y deberá pagarle directamente al tercero.

También se ha indicado que, afirmar o proponer que la acción directa tiene una dimensión más formal que material, no es correcto, pues podría con ello pensarse que su funcionalidad sólo es el ejercicio de la acción jurisdiccional y en su caso un supuesto o mecanismo de sustitución procesal, lo cual no es la función ni la naturaleza de la acción directa.

En lo que se refiere a las excepciones oponibles por el asegurador frente a la acción directa del tercero perjudicado, podríamos sostener que sería excesiva la situación española, pues consagra la invulnerabilidad o inmunidad de la acción del tercero perjudicado a las excepciones personales que pudiera tener el asegurador contra el asegurado (art. 76 LCS).

Por otro lado, gran parte de la doctrina y jurisprudencia internacional han sostenido la existencia de solidaridad entre el asegurado y la aseguradora. Pero existe otra postura que va tomando fuerza, la cual postula que en la especie se configura una solidaridad atípica a interés unisubjetivo (es decir, finalística, pues lo que busca el legislador es la indemnidad del tercero perjudicado), y tal atipicidad consiste en el hecho de que las obligaciones del asegurador se extienden hasta el importe máximo y no se aplican las relaciones internas. En relación con la solidaridad, es frecuente ver jurisprudencia española que sostiene la existencia de solidaridad entre el asegurado y la aseguradora, pero esto ha sido criticado, pues se ha dicho que la aseguradora cumple con su obligación propia, y, salvo que exista dolo,[17] no tiene

15 Es más, el nombre de acción directa surge por la contraposición de la acción indirecta, pues existen diferencias importantes.

16 El tercero dañado no goza de una mera acción, sino de un verdadero derecho subjetivo autónomo.

17 El dolo no se puede asegurar, pues quebranta la noción de riesgo, por la necesidad de la aleatoriedad, la buena fe. Por ello, en España la aseguradora cuenta el derecho de repetición.

acción de regreso contra su asegurado (no existe relaciones internas) y tampoco acción de repetición.

3. Acción directa en el Derecho comparado

En cuanto al establecimiento de la acción directa en Derecho Comparado, podemos comentar algunos casos: En Europa existe, entre otras jurisdicciones, en España, Francia, Bélgica, y Portugal con carácter general, y en los demás países europeos para los seguros de responsabilidad civil obligatorios (como en Alemania), mientras que en América se encuentra presente en México, Colombia, Argentina, Paraguay, Perú, Bolivia, Venezuela, así como en gran parte de Estados Unidos.

El caso español es interesante, e incluso encontramos esta figura en casos de responsabilidad civil de prestadores del servicio sanitario por los daños producidos al usuario, esto debido a que la legislación de contratos de la Administración pública autoriza los contrato de seguros, el cual, para la postura mayoritaria de los tribunales españoles, sería calificado como un contrato privado y de competencia de la jurisdicción civil.[18]

En Reino Unido la situación es distinta, pues no se reconoce la acción directa, a partir de la preeminencia, con bastante rigidez, del principio de eficacia relativa de los contratos, y para superar los problemas que este enfoque pueden generar, en caso de insolvencia del asegurado se aceptó una acción subrogatoria del tercero. Y en relación con los Clubes de P&I,[19] la regla de pago previo o de indemnización previa (*pay to be paid*) fue argumento esencial al se acogieron los tribunales ingleses para evitar que la acción del tercero perjudicado pudiera prosperar frente a los Clubes.

4. Acción directa en Chile

En Chile se indica que la figura en estudio se encuentra presente en los siguientes casos:

- En el seguro obligatorio de vehículos motorizados (SOAP),[20] contemplado en el art. 10 de la ley nº 18.490, que establece seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados.

18 En esta materia existe un debate sobre la jurisdicción competente, pues para otros sería atribución del orden contencioso administrativo y citan algunas normas como Ley Orgánica 19/2003, el art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985. Cayón, Joaquín, " El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la administración sanitaria: luces y sombres", *Derecho y Salud*, vol. 21, nº 1, 2011, pp. 135-145.

19 Tienen por finalidad ofrecer una cobertura que comprendiera tanto los gastos extraordinarios en que pudiera incurrirse en determinadas circunstancias conectas con la explotación del buque, como la indemnización a la empresa naviera de los efectos de la responsabilidad en que incurriese. Pero esta no nace en tanto el miembro no haya asumido efectivamente el pago de una indemnización a un tercero.

20 Sobre el particular se ha comentado que "el asegurado es determinable al momento de acaecer un siniestro cubierto, por lo cual nos encontramos en presencia de un seguro por cuenta de un asegurado indeterminado, que contiene una estipulación en favor de otro especialísima". (Contardo, Eduardo, *El seguro automotriz obligatorio*, Metropolitana, Santiago, 1996, p. 289), planteamiento que nosotros no compartimos.

- En el seguro obligatorio por contaminación marina, contemplado en el inciso tercero del art. 146 del decreto ley nº 2.222, de 1978, Ley de Navegación.
- En el seguro de responsabilidad civil en materia marítima, contemplado en art. 1201 del Código de Comercio. Mas, para los profesores Barroilhet y Angelbeck,[21] no se trataría de una acción directa, porque no proviene de la ley, sino que el derecho del tercero para demandar al asegurador emana del otorgamiento de la garantía, es decir del acto jurídico concreto del asegurador para garantizarle un derecho al tercero, que le permite invocar y ejercer un derecho de un contrato de seguro del cual no es parte.
- En seguros de responsabilidad civil, regulado en nuestro Código de Comercio. Pero, aquí se discute por la doctrina si se admite o no, en especial si se revisa la historia de la ley nº 20.667 (que modificó en 2013 lo pertinente al seguro, puesto que durante su discusión parlamentaria se eliminó expresamente el art. 572 del proyecto que la contemplaba).

A respecto, el profesor Corral,[22] acepta su reconocimiento implícito, y sostiene que, existiría obligaciones concurrentes entre aquellas del asegurado y del asegurador, y así la víctima podría cobrar la totalidad del daño sufrido al asegurado responsable o la parte cubierta por la póliza al asegurador. En otras palabras, existirían varias obligaciones que son estructuralmente independientes pero que coinciden en el objeto. Además, nos indican que, si la ley establece un derecho para la víctima, este debe ir acompañador de una acción.[23]

21 Barroilhet y Angelbeck, cit. (n. 14), p. 515.

22 El profesor Hernán Corral, tras la reforma realizada por la ley nº 20.667, de 2013, fue de los partidarios de negar la procedencia de la acción directa en Chile. No obstante, cambió de postura, sosteniendo que el legislador chileno contempló la acción directa de un modo implícito, al relacionar los artículos 570 y 513 letra c) del Código de Comercio. Corral, Hernán "Acción directa de la víctima contra el asegurador de responsabilidad civil", Turner, Susan y Varas, Juan Andrés (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX*, LegalPublishing, Santiago, 2014, pp. 565-582; Corral, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 440 ss.; Corral, Hernán, "La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, nº 2, 2015, pp. 397-422.

23 Sobre este punto, en el Derecho español, se ha indicado que el "derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar, no es lo mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. El tercero perjudicado, cuando ese causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden, en el lado pasivo, dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometido al régimen especial del art. 76). El tercero puede reclamar el resarcimiento del daño tanto al responsable como a su asegurador, mediante dos procedimientos distintos y con diferentes consecuencias, pero no está obligado a acumular la acción de responsabilidad civil que tienen contra el asegurado por los daños causados, con la acción directa que le concede la LCS contra el asegurado", como sentencias de apoyo están, por ejemplo, la STS, de 17 abril de 2015. (RJ 2015, 1199), STS, de 4 marzo de 2015 (RJ 2015, 714) y la STS, de 23 abril 2009 (RJ 2009, 3164), además, se agrega que, "Esta acción tiene su razón de ser en el vínculo de solidaridad pasiva con el que el artículo 76 une al asegurador y al asegurado frente al tercero perjudicado (SSTS, de 2 diciembre de 1997 (RJ 1997, 8697), de 2 abril 1996 (RJ 1996, 2984), de 13 junio 1991 (RJ 1991, 4452) y de 11 diciembre 1989 (RJ 1989, 9527), entre otras. Es una solidaridad impropia por cuanto el reparto del pago de la indemnización no se hace a partes iguales entre ambos, que además impide el litisconsorcio pasivo necesario entre asegurador y asegurado, por lo que el tercero puede dirigirse contra ambos indistintamente por el total de la indemnización sin perjuicio de que también pueda demandarles conjuntamente." Badillo, José (coord.), *Ley de Contrato de Seguro. Jurisprudencia comentada*, 3ª ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1321 y 1328. Esto se ve reiterado en sentencias como la STS, de 7 diciembre 2006 (RJ 2006, 8161).
Pese a ser la opinión mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia española (la existencia de solidaridad impropia en los casos de responsabilidad extracontractual entre copartícipes del hecho ilícito o entre ellos y sus aseguradoras; y en el caso de esta última, la solidaridad deriva de la unidad de prestaciones con objeto único de resarcir al perjudicado, incluso sin demandar al asegurado, basado en el art. 76 LCS), lo cierto es que existen otras posturas en la doctrina de ese país que no comparten esta asimilación, entre ellos Carlos Gómez, quien indica "la solidaridad no añade nada a la inoponibilidad del dolo y da una visión

También el profesor Osvaldo Contreras[24] nos señala que, considerando lo establecido en los artículos 570 y 513 letra c), 541 (sobre prescripción) y el 586 (sobre reaseguros) todos del Código de Comercio, pese a no tener reconocimiento general expreso, la acción directa para el seguro de responsabilidad civil procede, pues la ley contempla al tercero perjudicado como el beneficiario del seguro de responsabilidad civil, por lo tanto, el asegurador debe pagarle la indemnización que corresponda en caso de siniestro. Ahora, bajo esta óptica nos indica que tendríamos que hablar de una fuente convencional y no legal de la acción directa, resultándole oponibles excepciones[25].

En cambio, el profesor Ríos, es de opinión contraria, pues nos señala que la historia fidedigna del establecimiento de los artículos 570 y siguientes del Código de Comercio demuestra que la intención del legislador no fue introducir la acción directa del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil. Además, la figura del beneficiario es más propia de los seguros de personas, y el seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños. Agrega que, en lo seguros de responsabilidad civil, al ser un seguro de daños, se requiere que exista un interés asegurable al momento de la ocurrencia del siniestro (el cual se vincula con el patrimonio del asegurado), supuesto que no concurre en el caso de los terceros perjudicados calificados como beneficiarios (así, el art. 513 letra n) del Código de Comercio indica que en el interés asegurable no está contenido el beneficiario, salvo en lo relacionado a los seguros de personas, para diferenciarlo de las apuestas del art. 589). Añade que la analogía, como método de integración, no debe ser utilizada para cambiar la voluntad del legislador, ya que no se debe completar una laguna inexistente.[26]

Sobre esta materia, la profesora Vásquez indica que del artículo 570 "se puede extraer que, por medio de seguros de responsabilidad civil, el asegurado se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros, de los cuales sea civilmente responsable el asegurado, por un hecho suyo y en los términos previstos en la póliza. Efectivamente, no existe una cesión de derechos, tampoco una subrogación,

equivocada de la inmunidad de la eficacia de las excepciones oponibles", además comenta que, normalmente, en el sector automovilístico, el asegurador de la responsabilidad civil abona directamente a su propio cliente el importe de los daños y se asume la reclamación al asegurador del causante del daño, lo anterior por los llamados convenios de indemnización directa. Gómez, Carlos, *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, 151/ Cuadernos de la Fundación, Fundación Mapfre, Madrid, 2010, pp. 110- 111.

24 Contreras, cit. (n.12), pp. 525 ss.

25 Por su parte, las profesoras Pamela Mendoza y Paulina Monsalva comentan que debiera inclinarse a la adopción de la interpretación que más convenga a la víctima del daño, y citan interesantes sentencias chilenas que, si bien no hablan explícitamente de este debate, pueden servir de apoyo, refiriéndose a distintos fallos de la Corte Suprema, de 11 de agosto de 2015 (rol nº 4808/2015), que conoció sobre un exequátur, y la sentencia de ese mismo tribunal, de 23 de enero de 2018, (rol nº 97722/2016), sobre la titularidad de terceros no asegurados, descartándola. Mendoza, Pamela y Manosalva, Paulina, "Acción directa y Seguro de responsabilidad civil en el derecho chileno", en Céspedes, Carlos (dir.), *Temas actuales de Derecho Patrimonial, Tercer congreso de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, pp. 243 ss.

26 Ríos, Roberto "Regulación del contrato de seguro en Chile, en especial los criterios de protección introducidos por la ley 20.667 al Código de Comercio Chileno", en Alcalde, Jaime y Embid, José (dirs.), *La modernización del Derecho Mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015),* Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 562-569; Ríos, Roberto "Improcedencia de la acción directa del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil, bajo el nuevo régimen legal chileno del contrato de seguro", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 n° 3, 2016, pp. 877-895.

o una delegación, o un contrato a su favor; no podemos utilizar la estructura de contratación por cuenta de quien corresponda o por cuenta de otro; sin embargo, tampoco podemos observar que el derecho del tercero, que no dimana del contrato de seguro del que es ajeno, dimane de la ley. En otras palabras, hablar de acción directa exige argumentos que fundamenten su concepto, alcance y eficacia. Frente a ello, hemos de tener claro que se trata de una acción que debe contemplarse en un texto legal, y que tiene como presupuesto la existencia de un contrato y un riesgo cubierto por este último que se yuxtapone al perjuicio causado".[27]

Por su parte, los profesores Barroilhet y Angelbeck[28] indican que el art. 570 inciso segundo del Código de Comercio no establece un caso de acción directa, pues el objetivo de esta norma fue aclarar que el seguro de responsabilidad civil que regula nuestro Código de Comercio no es un seguro de indemnización.[29] Así, en caso de siniestro, el asegurador le paga directamente a la víctima del hecho cubierto por la póliza, contra un fallo judicial o arbitral ejecutoriado, o una transacción que fue previamente aprobada por la aseguradora. Además, nos indican que la acción directa del tercero perjudicado emana de la ley, y por tanto no se trataría de un beneficiario, ya que en este último su derecho a percibir el pago de la indemnización y su correlativa acción proviene del contrato de seguro, lo cual además se explica a través de la estipulación a favor de un tercero. Es más, nos agregan que estas diferencias se acentúan al recordar la circunstancia que el asegurador y el asegurado pueden sustituir al beneficiario y revocar su designación, cosa que no podría ocurrir en el caso del tercero perjudicado, pues al tener su fuente en la ley, requerirá su voluntad de renunciar a su derecho y acción.

5. Conclusiones

Como comentario final, podemos indicar que los seguros son un mecanismo vital en los tiempos actuales, donde los riesgos aumentan y se encuentra latente la posibilidad que un infortunio pueda causar estragos en la sociedad o a un individuo, entre otras la insolvencia. En el caso de los seguros de responsabilidad civil, el tercero ya fue víctima de una desafortunada suerte, y la solvencia del autor le permitiría disminuir sus funestas consecuencias. Por ello, toda protección al tercero perjudicado sería importante considerar, pero pienso que se debe partir con algo inicial, como es el aumento de la contratación de seguros en Chile, tanto obligatorios como voluntarios, y puntualmente en relación con la acción directa, creo que sería preferible regularla de manera expresa.

27 Vásquez, María Fernanda, *Contrato de Seguro. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Santiago, 2019, pp. 509-510.

28 Barroilhet y Angelbeck, cit. (n.14), pp. 521 ss.

29 *Pay to be paid*, es muy común en seguros marítimos. Este seguro de responsabilidad, en la modalidad de indemnización, exige al asegurado que pague al tercero perjudicado, como condición previa y requisito de procedencia, para obtener el reembolso de la suma pagada por parte del asegurador.

Bibliografía

- Badillo, José. (coord.), *Ley de Contrato de Seguro. Jurisprudencia comentada*, 3ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Barroilhet, Claudio y Angelbeck, Robert, *Derecho de Seguros. Parte General*, Librotecnia, Santiago, 2017.
- Cayón, Joaquín, " El debate sobre la acción directa frente a la aseguradora de la responsabilidad civil de la administración sanitaria: luces y sombras", *Derecho y Salud*, vol. 21, nº 1, 2011, pp. 135-145.
- Contardo, Eduardo, *El seguro automotriz obligatorio*, Metropolitana, Santiago, 1996.
- Contreras, Osvaldo, *Derecho de Seguros*, 4ª ed., Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2020.
- Corral, Hernán "Acción directa de la víctima contra el asegurador de responsabilidad civil», en Turner, Susan y Varas, Juan Andrés (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX*, LegalPublishing, Santiago, 2014, pp. 565-582
- Corral, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, 2ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2013.
- Corral, Hernán, "La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguros chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 nº 2, 2015, pp. 397-422.
- Gómez, Carlos, *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, 151/ *Cuadernos de la Fundación*, Fundación Mapfre, Madrid, 2010.
- Iriarte, José y Casado, Marta, "*La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*", *Cuadernos de la fundación*, Fundación Mapfre, Madrid, 2013.
- La Casa, Rafael, *Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil*, *Cuadernos de la Fundación*, Fundación Mapfre, Madrid, 2017.
- Lagos, Osvaldo, "Fundamento y régimen de la vinculación entre el tercero perjudicado y el asegurador voluntario de responsabilidad civil: una cuestión de derecho privado", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 26, 2016, pp. 187-228,
- Mendoza, Pamela y Manosalva, Paulina, "Acción directa y seguro de responsabilidad civil en el derecho chileno", en Céspedes, Carlos (dir.), *Temas actuales de Derecho Patrimonial, Tercer congreso de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, pp. 243 ss.
- Ríos, Roberto, "Regulación del contrato de seguro en Chile, en especial los criterios de protección introducidos por la ley 20.667 al Código de Comercio Chileno", en Alcalde, Jaime y Embid, José (dirs.), *La*

modernización del Derecho Mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015), Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 553-569.

- Ríos, Roberto "Improcedencia de la acción directa del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil, bajo el nuevo régimen legal chileno del contrato de seguro", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n° 3, 2016, pp. 877-895.
- Sánchez, Fernando, La *Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- Veiga, Abel, *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 2013.

Jurisprudencia

- Corte Suprema, 11 de agosto de 2015, Rol n° 4808/2015
- Corte Suprema, 23 de enero de 2018, Rol n° 97722/2016

Listado de Legislación

- Código Civil de Chile.
- Código de Comercio de Chile
- Código del Trabajo de Chile.
- Decreto Ley nº 2.222, de 1978, que sustituye Ley de Navegación.
- Ley nº 18.490, de 1986, que establece seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados, 1986.
- Ley nº 20.667, de 2013, que regula el contrato de seguro.
- Ley nº 19.496, de 1997, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.
- Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.
- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.
- Convenio de Roma, de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil de España.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, de España.
- Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introdujo en el Libro V la regulación de la nueva oficina judicial y los aspectos estatutarios, funcionales y orgánicos más relevantes del Cuerpo de Secretarios Judiciales.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

EL DERECHO APLICABLE AL ACUERDO DE ARBITRAJE

THE LAW GOVERNING THE ARBITRATION AGREEMENT

Felipe Montero Rafols*

RESUMEN

La forma de determinar el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje ha sido uno de los asuntos más debatidos en el mundo del arbitraje internacional. En principio, se acepta que las partes seleccionen dicha normativa. Pero cuando tal pacto se omite, como suele ocurrir, los métodos empleados son tan variados como ineficientes. El presente trabajo ofrece una breve revisión de los criterios que tradicionalmente se han empleado para resolver el problema, para en último término examinar el principio de validación, que se estima como la vía idónea a tal efecto.

PALABRAS CLAVE: *Arbitraje Internacional; Acuerdo de arbitraje; Autonomía de la voluntad; Sede arbitral; Contrato principal; Principio de validación.*

ABSTRACT

The determination of the law governing arbitration agreements has been one of the most debated issues in the world of international arbitration. In principle, it is accepted that the parties can select said legislation. But when such a pact is omitted, as it is often the case, the methods used are as diverse as they are inefficient. This paper offers a brief review of the criteria that have traditionally been used to solve the problem, and ultimately examines the validation principle, which is considered by its author as the ideal solution.

KEYWORDS: *International Arbitration; Arbitration Agreement; Party Autonomy; Arbitral Seat; Underlying Contract; Validation Principle.*

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, femontero@udec.cl. El presente artículo está basado en la memoria de prueba presentada por su autor a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

1.- Introducción

Mucho se ha escrito sobre la importancia del contrato de arbitraje internacional, pilar básico de dicho instituto.[1] Ello implica, naturalmente, que se debe tener claridad sobre sus requisitos sustantivos, los que son determinados por la normativa que le es aplicable, asunto ampliamente discutido y que es diferente, por cierto, al de las leyes que rigen al procedimiento arbitral o al fondo de la controversia.[2] Se trata de una cuestión "muy importante en materia de arbitraje comercial internacional, pues determina los criterios y la ley que deberá utilizar el tribunal arbitral para resolver todas las cuestiones que se susciten en torno a la validez o nulidad del convenio".[3] La respuesta al problema viene dada, *a priori*, por la autonomía de la voluntad.

Es un principio generalmente aceptado que las partes, en ejercicio de la autonomía conflictual, pueden acordar que la validez del acuerdo arbitral se rija por una determinada ley,[4] por lo que pocas dudas existen cuando hay elección explícita de la misma.[5] Pero si dicha declaración se omite, como suele suceder en la práctica,[6] se puede suscitar una importante controversia que acarrea efectos adversos para el inicio y desarrollo del procedimiento arbitral, pudiendo culminar, incluso, en la nulidad del laudo.

Así las cosas, el tema en estudio es fuente de frecuentes conflictos. Frente a esto se han propuesto diversas soluciones, en distintas latitudes. Se señala tradicionalmente que los países del *civil law* se inclinan por aplicar la ley del Estado sede, mientras que en el sistema del *common law* se prefiere el Derecho que regula el fondo del contrato principal.[7] Esta afirmación es, en realidad, una simplificación excesiva del esquema.

El presente trabajo busca proporcionar una mirada exhaustiva al problema, comprehensiva de los distintos criterios que se han empleado para resolverlo. En primer término, entonces, se ofrece una breve revisión de estos.

En segundo lugar, y a falta de una solución adecuada, se efectúa un análisis del llamado principio de validación, el cual, tal y como plantea Born, busca facilitar el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de arbitraje.[8]

Por último, se revisa el estado de la cuestión en Chile, a la luz de lo dispuesto en la ley n° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional (en adelante, LACI) y la

1 Vásquez, María, *Tratado de Arbitraje en Chile*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, p. 3.

2 Medina, Héctor, "La ley aplicable al pacto arbitral: Incertidumbre en contravía de las bases del arbitraje internacional", *Arbitraje PUCP*, n° 6, 2016, p. 142.

3 Picand, Eduardo, *Arbitraje comercial internacional*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 430.

4 De los Santos, Carlos, Soto, Margarita y Bonnin, Víctor, "La ley aplicable al convenio arbitral", en: Soto, Carlos (ed.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, tomo I, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 679.

5 Mereminskaya, Elina, *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, p. 98.

6 Medina, cit. (n. 2), p. 142.

7 Vásquez, cit. (n. 1), p. 759.

8 Born, Gary, "The law governing international arbitration agreements: an international perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, n° 26, 2014, p. 816.

Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 1958 (en adelante, CNY).

2.- Soluciones adoptadas

2.1.- Elección por las partes del derecho aplicable al acuerdo de arbitraje

Como se ha adelantado, es un principio generalmente aceptado que las partes pueden designar el Derecho aplicable al acuerdo arbitral.[9] Ello responde al contenido del Art. V.1.a de la CNY, que, a propósito de la causales para denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo, establece una verdadera norma de conflicto con factores de conexión subsidiarios. En su virtud, la validez del acuerdo se examina, en primer lugar, a la luz de la ley a que las partes lo hayan sometido, o, si nada se hubiera indicado a este respecto, de la ley del país en que se haya dictado la sentencia, es decir, de la sede del arbitraje.[10] La regla se reitera en los arts. 34 y 36 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre arbitraje comercial internacional (en adelante, LMA).

Se ha discutido la posibilidad de que la elección del Derecho aplicable al acuerdo arbitral se efectúe tácitamente. En opinión de Born, el Art. V.1.a de la CNY faculta a las partes a elegir la ley rectora del acuerdo de arbitraje, ya sea expresa o implícitamente.[11] Tal es la postura predominante en los países del *Common Law*. Por el contrario, según escribe Mereminskaya, los países del *Civil Law* parecen inclinarse por la tesis contraria: la elección debe ser expresa.[12]

2.2.- Soluciones ante la ausencia de elección del Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje

i.- La ley de la sede

Este sistema postula que el Derecho aplicable a la validez del acuerdo arbitral es, en silencio de las partes, la ley de la sede del arbitraje. Según Vásquez, sería la solución privilegiada por los países del *Civil Law*.[13]

No es más que la aplicación de la norma de conflicto de la CNY y la LMA. Uno de sus grandes problemas es que dichos instrumentos dirigen estas reglas a los tribunales estatales, no a los arbitrales, que son, en último término, los llamados a pronunciarse sobre la validez del acuerdo de arbitraje, en virtud de los principios de mínima intervención y del *kompetenz-kompetenz*. Por otro lado, las disposiciones en comento están referidas a la etapa de ejecución y cumplimiento del laudo, por lo que no queda del todo claro si aplican a un examen previo de validez del pacto.

9 Born, Gary, International Commercial Arbitration, vol. 1, Kluwer Law International, Holanda, 2009, p. 426.

10 Silva, Eduardo. "La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 2, n° 4, 2003, p. 94.

11 Born, cit. (n. 8), p. 837.

12 Mereminskaya, cit. (n. 5), p. 100.

13 Vásquez, cit. (n. 1), p. 759.

En todo caso, como plantean algunos autores, sería "ilógico que, según el momento, la ley aplicable al acuerdo cambie",[14] de modo que, por razones de sistematicidad,[15] sería éste el criterio a aplicar.

Se trata de una solución que responde a dos premisas: el principio de separabilidad, en cuya virtud el acuerdo de arbitraje se mira como un contrato distinto, autónomo, del contrato principal, por lo que se posibilita la aplicación al acuerdo de un Derecho distinto de aquel que regula al contrato principal; y el carácter procesal del pacto, lo que lleva a preferir la ley del foro.[16] Dicha ley sería, en efecto, la que guarda una mayor relación con el acuerdo de arbitraje, puesto que corresponde al lugar donde puede ser anulado el laudo.[17]

En otro orden de ideas, se ha afirmado por un sector de la doctrina que la designación de la sede conlleva la elección indirecta de su Derecho,[18] pues se está dotando al procedimiento de un marco jurídico referencial configurado a partir de la *lex loci arbitri*.

Las principales limitaciones de esta tesis se evidencian cuando hay problemas para determinar cuál es la sede, lo que ocurre cuando las partes no la han elegido, o bien cuando, habiéndolo hecho, deciden modificarla. Además, se ha dicho que la elección de la sede tiene un carácter muchas veces accesorio, arbitrario e incluso ficticio, respondiendo a cuestiones más bien superfluas, como la comodidad o conveniencia de las partes, y no a una preferencia de las mismas respecto al régimen jurídico imperante en dicho lugar. Por último, no hay que olvidar aquellas voces que cuestionan el criterio de "localización" del procedimiento arbitral,[19] aduciendo que se confunde el "vínculo jurídico" con el "geográfico".

ii.- La ley del contrato principal

Un segundo sistema consiste en aplicar al acuerdo de arbitraje la misma ley con la cual el tribunal arbitral debe resolver el fondo del litigio.[20] Según Vásquez, esta solución sería la que predomina en la familia del *Common Law*.[21] No en vano Silva se refiere a ella como la "solución inglesa".[22]

14 Pereznieto, Leonel y Graham, James, "La ley aplicable a los contratos arbitrales", *Revista de Derecho Privado,* vol. 1, n° 2, 2012, p. 286.

15 Betancourt, Julio, *El contrato de arbitraje internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 326.

16 Picand, cit. (n. 3), p. 431.

17 De los Santos, Soto y Bonnin, cit. (n. 4), p. 682.

18 Berger, Klaus, "Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?", en: Van den Berg, Albert (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 2006*, vol. 13, Kluwer Law International, 2007, p. 315.

19 Pereznieto, Leonel y Graham, James, "¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?", en: Picand, Eduardo (ed.), *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 595.

20 Picand, cit. (n. 3), p. 434.

21 Vásquez, cit. (n. 1), p. 759.

22 Silva, Eduardo, "Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano", *Revista de Derecho Privado*, n° 28, 2002, p. 21.

Esta solución se sustenta en dos pilares fundamentales: un supuesto carácter relativo del principio de separabilidad; y la elección implícita de las partes del Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje.

Respecto al primer punto, se ha afirmado que el principio de separabilidad no es absoluto. Se plantea, que no es más que "una ficción jurídica que pretende evitar que la eventual ineficacia del contrato principal afecte al pacto arbitral",[23] sin que ello conlleve una negación del carácter accesorio de dicho acuerdo. En virtud del clásico aforismo "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", lo lógico sería entonces que la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia implique la fijación de las normas que regulan al convenio arbitral.

Este razonamiento tiene problemas. El más importante es que la llamada separabilidad no es una ficción, sino una constatación: el acuerdo de arbitraje es, en efecto, un contrato independiente, sin perjuicio de que pueda ser calificado como colateral, es decir, de aquellos que surgen como resultado de la celebración de otro contrato, pero gozando de autonomía existencial Así lo ha entendido la doctrina más autorizada.[24]

El segundo fundamento parece más atendible: si las partes han elegido el Derecho aplicable al asunto, sin distinguir o precisar a qué ámbitos se refieren, parece razonable inferir que han querido someter también el acuerdo de arbitraje a dicha ley. Lo que se hace en estos casos es un esfuerzo por deducir la voluntad de las partes.[25]

iii.- Otros criterios relevantes

Sin perjuicio de que las antes enunciadas pueden ser calificadas como las principales soluciones propuestas al problema en estudio, y sin que se pretenda agotar el tema en estas líneas, existen algunos criterios alternativos que vale la pena examinar.

Se puede mencionar, en primer lugar, la llamada "solución francesa",[26] que nace a partir del caso *Dalico.* Se busca resolver la cuestión con base exclusiva en principios de contratación internacional, para desentrañar la auténtica voluntad de las partes sin sujeción a ordenamiento jurídico nacional alguno, y sin mayores restricciones que las que emanan del orden público internacional.[27] Mediante este mecanismo, advierte Betancourt, se ha pretendido expandir la efectividad del contrato de arbitraje internacional, evitando así la posible invalidación del mismo por cuestiones relacionadas con un Derecho particular.[28] Tal flexibilidad, sin embargo, no se encuentra exenta de inconvenientes. En primer término, se ha cuestionado

23 Medina, cit. (n. 2), p. 144 y 145.

24 Betancourt, cit. (n. 15), p. 261.

25 Picand, cit. (n. 3), p. 435.

26 Silva, cit. (n. 22), p. 19.

27 Hernández, Héctor. "La autonomía de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional: reflexiones y problemáticas de la experiencia colombiana", en: Soto, Carlos (ed.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, tomo I, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 406.

28 Betancourt, cit. (n. 15), p. 328.

la posibilidad de prescindir, en términos absolutos, de los ordenamientos estatales. Para que las partes puedan convenir válidamente someter una determinada cuestión a arbitraje, en tal sede y bajo ciertas normas, debe existir previamente un régimen jurídico que así lo disponga o permita. No existen, en suma, los "contratos autosuficientes".[29] Por otro lado, autores como Mereminskaya sugieren que se trata de una solución incompatible con la regulación de aquellos países que han adoptado la LMA, por cuanto esta última, siguiendo a la CNY, emplea la voz "ley" para referirse a la normativa que gobierna el acuerdo de arbitraje.[30] Lo cierto es que la mera referencia a los principios generales del Derecho parece insuficiente para satisfacer los estándares de certeza a que aspiran las partes cuando deciden someterse a un arbitraje.

En segundo lugar, goza de cierta popularidad la idea de aplicar al acuerdo de arbitraje la normativa con la que éste guarde una relación más estrecha. Sin embargo, determinar la existencia de dicho vínculo no es una cuestión sencilla, por lo que la solución en comento ha desembocado en resultados contradictorios e impredecibles, según el tribunal que deba pronunciarse al respecto, decantándose, en definitiva, ya por la ley de la sede, ya por la ley del contrato principal.[31]

Por último, y casi como una referencia histórica obligada, se hace mención a la *lex fori executionis*, es decir, a la ley del país en que el laudo debe ser reconocido y ejecutado, como Derecho aplicable al acuerdo arbitral. En su momento, esta solución gozó de cierta aceptación.[32] La razón salta a la vista: cuando las partes deciden recurrir a un procedimiento arbitral, lo hacen con la convicción de que éste culminará en un laudo exigible y susceptible de ejecución. De nada sirve contar con un fallo perfectamente bien fundado y redactado, si al momento de solicitar su cumplimiento, el Estado en cuestión se rehúsa. Sin embargo, en cuanto estándar general para la solución del problema en estudio, la *lex fori executionis* presenta dos serias deficiencias. Primero, un mismo laudo puede ejecutarse en más de un lugar. Si en cada uno de ellos el convenio se debe examinar según la ley del sitio en cuestión, la posibilidad de tener decisiones contradictorias sobre la validez del convenio arbitral es evidente, lo que genera una gran inseguridad jurídica.[33] Por otro lado, cabe la posibilidad de que el acuerdo de arbitraje sea válido al alero de la ley del país en que se encuentra radicada una de las partes, no así en el domicilio de la otra. Lo anterior podría desembocar en que un pacto arbitral que fuera concebido como simétrico, devenga en asimétrico, esto es, en que solo una de las partes se encuentre obligada, en la práctica, a someter las diferencias que surjan entre ellas a este mecanismo.

29 Hernández, cit. (n. 27), p. 403.

30 Mereminskaya, cit. (n. 5), p. 99.

31 Born, cit. (n. 8), p. 833.

32 Born, cit. (n. 8), p. 822.

33 De los Santos, Soto y Bonnin, cit. (n. 4), p. 681.

3.- El principio de validación

Como se puede apreciar, se está en presencia de un contexto de múltiples soluciones, ninguna del todo satisfactoria, lo que deviene en una incertidumbre que contraría los principios que inspiran al arbitraje internacional. Nace, en consecuencia, la idea del principio de validación.

Se ha señalado que, en virtud del art. II de la CNY, los acuerdos arbitrales se presumen válidos. En efecto, dicha disposición comienza en términos imperativos: "Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo (…)". A su vez, el art. II.3 ordena a los tribunales estatales remitir a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que se compruebe que el pacto arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable, lo que requiere de un examen superficial o *prima facie*.

Según Born, de la lectura conjunta de ambos preceptos se desprende una regla internacional uniforme, en cuya virtud los contratos de arbitraje internacional se presumen válidos y eficaces, a menos que concurran determinadas circunstancias previstas en el Derecho de los contratos (fuerza o dolo, por ejemplo).[34] Se trata, naturalmente, de una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario.

El mismo estándar parece inspirar a la LMA, en particular el art. 8º, que recoge el deber de remisión de los tribunales estatales, en relación con el art. 16, que confiere al tribunal arbitral la última palabra en toda cuestión de validez que se suscite en torno al acuerdo de arbitraje.

De la presunción de validez del acuerdo arbitral, se colige el principio de validación: si el acuerdo es válido, es porque satisface los requisitos materiales que le impone el Derecho que lo gobierna. Luego, el criterio para la determinación del Derecho aplicable al contrato de arbitraje debe propender a una respuesta que le permita desplegar sus efectos. Solo así se garantiza el respeto a la verdadera voluntad de las partes, cual es someter sus diferencias a decisión arbitral. Lo anterior es de toda lógica: cuando las partes negocian y concluyen un pacto arbitral, lo hacen con la evidente intención de que éste sea eficaz, y no para verlo invalidado por aplicación de la ley del contrato principal o de la ley de la sede.[35] El principio de validación escapa a tales limitaciones, en cuanto busca hacer prevalecer el Derecho más favorable a fin de garantizar la efectividad del acuerdo, con tal que guarde alguna conexión con el conflicto.

Ahora bien, para que opere el principio de validación, debe concretarse de alguna manera. Ello ocurre a través de la formulación de normas atributivas que facultan a los tribunales a aplicar alternativamente un número variable de soluciones (normalmente la voluntad de las partes, la ley de la sede o la ley del contrato principal). De entre todas ellas, se busca aquella que, estando relacionada con el

34 Born, cit. (n. 8), p. 824.

35 Born, cit. (n. 8), p. 835.

acuerdo de arbitraje, permita darle validez.[36] Son las llamadas reglas *favor validitatis*. Diversos países han adoptado, implícita o explícitamente, una regla de este tipo.

En forma expresa, se cuentan países como Suiza, España o Perú. La ley peruana, por ejemplo, dispone que "cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano".[37]

Otras jurisdicciones le han dado aplicación al principio sin consagrarlo expresamente. Tal es el caso de Inglaterra y Singapur.

Emblemático es el caso Sulamerica v. Enesa:[38] en pocas palabras, y en lo que atañe a esta presentación, Sulamerica y otras aseguradoras celebraron con Enesa y otras empresas de construcción un contrato de seguro en relación con la construcción de una planta hidroeléctrica, eligiendo el Derecho brasileño como ley del contrato. Pactaron arbitraje con sede en Londres, y nada dijeron respecto al Derecho aplicable al acuerdo arbitral. Eventualmente se suscitó una controversia. Sulamerica dio inicio al procedimiento arbitral en Londres. Su contraparte hizo lo propio ante los tribunales brasileños, de modo que Sulamerica presentó una *anti-suit injunction* en Inglaterra. La solicitud fue acogida, y Enesa decidió apelar.

Ante el tribunal de alzada, Enesa adujo que, bajo la ley del contrato (ley brasileña), la cláusula arbitral era ineficaz, pues requería de su consentimiento para poder ser ejecutada. Por su parte, Sulamerica replicó que estaba en todo su derecho de iniciar el procedimiento arbitral, porque al acuerdo de arbitraje lo gobierna la ley de la sede (ley inglesa).

Enfrentada a esta disyuntiva, la Corte optó por no responder en términos absolutos. En vez de alinearse con una u otra postura, el tribunal dispuso que la cuestión debía estudiarse a través de un examen escalonado:[39]

1. ¿Hay elección expresa de las partes de una ley aplicable al acuerdo de arbitraje?
2. Si la respuesta es no, ¿hay elección implícita de las partes de una ley aplicable al acuerdo de arbitraje?
3. Si la respuesta es no, ¿cuál es la ley que cuenta con una conexión más cercana y real con el acuerdo de arbitraje?

A falta de elección expresa, la Corte hizo notar que, normalmente, la designación del Derecho que gobierna al contrato principal es un fuerte indicador de una elección implícita de la normativa rectora del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, en

36 Delgado, César, Delgado, María, Candela, César y Pejnovic, Milan, *Introducción al derecho internacional privado*, tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, p. 185.

37 Art. 13, Decreto Legislativo nº 1.071, de 2008, que norma el arbitraje en Perú.

38 Corte de Apelación (Inglaterra), 16 de mayo de 2012, EWCA Civ 638.

39 Pearson, Sabrina, "Sulamérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement", *Arbitration International*, vol. 29, n° 1, 2013, p. 122.

el caso particular de Sulamerica, la ley del contrato acarreaba la ineficacia del pacto arbitral, por lo que su aplicación desembocaba en una evidente contradicción. En efecto, difícilmente puede entenderse que las partes pacten arbitraje y, al mismo tiempo, tácitamente elijan un normativa que le impida desplegar sus efectos.

Pasando entonces a la tercera etapa del examen, la Corte sostuvo que el acuerdo de arbitraje siempre tendrá los vínculos más cercanos y reales con la ley de la sede. En consecuencia, se falló en tal sentido.[40]

La solución del examen escalonado es, en opinión de diversos autores, como Born,[41] Pearson,[42] Yang[43] o Tzeng,[44] una clara manifestación del principio de validación, y ha sido empleado en varias ocasiones desde el caso en comento.

4.- Situación en Chile

La situación en Chile no es del todo clara. Se deben tener presentes la CNY y la LACI, basada en la LMA, de modo que, en principio, rigen las normas ya señaladas que permiten a las partes elegir el Derecho aplicable al acuerdo y, en defecto de tal convención, se remiten a la ley de la sede.

Una pregunta interesante dice relación con la posibilidad de que se haga una elección implícita del Derecho aplicable al acuerdo, lo que constituiría una manifestación tácita de voluntad. Tradicionalmente se ha dicho que no procedería,[45] pero ello me parece una interpretación sumamente restrictiva de la norma. En general se acepta, en el Derecho chileno, que la voluntad puede ser manifestada tanto expresa como tácitamente, y cuando el legislador ha querido establecer el principio contrario, lo ha dicho expresamente.[46] Piénsese en la solidaridad, o la condonación del dolo. El régimen jurídico especial del arbitraje internacional no parece alejarse de tal regla general: la LACI contempla claramente al menos dos situaciones de manifestación tácita de voluntad. Una es la posibilidad de que se celebre un acuerdo de arbitraje por un simple intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra (art. 7º). A su vez, el art. 8º admite la renuncia tácita del pacto arbitral. En efecto, si una parte que ha suscrito un acuerdo de arbitraje, pretendiendo desconocerlo, deduce su acción ante un tribunal estatal, el juez tiene la obligación de remitir a arbitraje a las partes, previo examen superficial de validez, siempre y cuando la parte contraria eleve una solicitud en tal sentido, puesto que, en caso de silencio, se entiende que renuncia tácitamente al pacto. Concuerda con lo anterior la opinión de Born, quien

40 Pearson, cit. (n. 39), p. 124.

41 Born, cit. (n. 8), p. 841.

42 Pearson, cit. (n. 39), p. 124.

43 Yang, Fan, "The proper law of the arbitration agreement: Mainland Chinese and English law compared", *Arbitration International*, n° 33, 2017, p. 135.

44 Tzeng, Peter, "Favoring Validity: The Hidden Choice of Law Rule for Arbitration Agreements", 2016, https://www.academia.edu/19810335/Favoring_Validity_The_Hidden_Choice_of_Law_Rule_for_Arbitration_Agreements (consultada: 2019, 28 de diciembre).

45 Mereminskaya, cit. (n. 5), p. 100.

46 Vial, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5° ed., Santiago, 2006, p.49.

asegura que el artículo V.1 de la CNY faculta a las partes a elegir la ley rectora del acuerdo de arbitraje, ya sea expresa o implícitamente.[47]

En consecuencia, se puede sostener que cuando los arts. 34 y 36 de la LACI usan la expresión "en virtud de la ley a que las partes lo han sometido", están abarcando tanto la elección explicita como implícita de la normativa. Ello, a su vez, permite concluir que es perfectamente posible aplicar el principio de validación en Chile, aun sin consagrarlo expresamente.

Tomando como base una reflexión de Silva, y en caso de asumir como cierta la premisa recién enunciada, un tribunal en Chile podría aplicar al acuerdo de arbitraje bien sea el Derecho aplicable al contrato principal, o el Derecho escogido por las partes como aplicable al acuerdo arbitral, o el Derecho aplicable en la sede del arbitraje. El tribunal podría analizar la aplicación de los tres ordenamientos, descartar aquellos que conduzcan a la invalidez del acuerdo de arbitraje y retener las normas jurídicas que conduzcan a su validez, bajo el pretexto de estar respetando la auténtica voluntad de las partes.[48]

Si se analiza el problema desde una perspectiva internacional, una interpretación como la anterior es perfectamente posible. Sin embargo, atendiendo a la tradición jurídica chilena, parece recomendable efectuar una reforma a la LACI para incorporar, en un tercer numeral del art. 7, una regla *favor validatis*, en los términos empleados por las legislaciones de Suiza, España y Perú.

Así, el nuevo art. 7.3 de la LACI debiera indicar lo siguiente: "Es válido el acuerdo de arbitraje si se ajusta a las normas jurídicas elegidas por las partes para regir al acuerdo de arbitraje, o a las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o al derecho chileno".

Bibliografía

- Berger, Klaus, "Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?", en: Van den Berg, Albert (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series 2006*, vol. 13, Kluwer Law International, 2007.
- Betancourt, Julio, *El contrato de arbitraje internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Born, Gary, International Commercial Arbitration, vol. 1, Kluwer Law International, Holanda, 2009.
- Born,Gary, "The law governing international arbitration agreements: an international perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, n° 26, 2014.

47 Born, cit. (n. 8), p. 837.

48 Silva, cit. (n. 22), p. 22.

- De los Santos, Carlos; Soto, Margarita; Bonnin, Víctor, "La ley aplicable al convenio arbitral", en: Soto, Carlos (ed.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, tomo I, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011.
- Delgado, César, Delgado, María, Candela, César y Pejnovic, Milan, *Introducción al derecho internacional privado*, tomo III, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015.
- Hernández, Héctor. "La autonomía de la cláusula arbitral en el arbitraje comercial internacional: reflexiones y problemáticas de la experiencia colombiana", en: Soto, Carlos (ed.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, tomo I, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011.
- Medina, Héctor, "La ley aplicable al pacto arbitral: Incertidumbre en contravía de las bases del arbitraje internacional", *Arbitraje PUCP*, n° 6, 2016.
- Mereminskaya, Elina, *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2014.
- Pearson, Sabrina, "Sulamérica v. Enesa: The Hidden Pro-validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement", *Arbitration International*, vol. 29, n° 1, 2013.
- Pereznieto, Leonel y Graham, James, "¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?", en: Picand, Eduardo (ed.), *Estudios de Arbitraje: Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 595-607.
- Pereznieto, Leonel y Graham, James, "La ley aplicable a los contratos arbitrales", *Revista de Derecho Privado,* vol. 1, n° 2, 2012, pp. 281-292.
- Picand, Eduardo, *Arbitraje comercial internacional*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- Silva, Eduardo, "Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano", *Revista de Derecho Privado*, n° 28, 2002, pp. 3-43.
- Silva, Eduardo. "La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 2, n° 4, 2003, pp. 93-99.
- Tzeng, Peter, "Favoring Validity: The Hidden Choice of Law Rule for Arbitration Agreements", 2016, https://www.academia.edu/19810335/Favoring_Validity_The_Hidden_Choice_of_Law_Rule_for_Arbitration_Agreements (consultada: 2019, 28 de diciembre).
- Vásquez, María, *Tratado de Arbitraje en Chile*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.
- Vial, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 5° edición, Santiago, 2006.

- Yang, Fan, "The proper law of the arbitration agreement: Mainland Chinese and English law compared", *Arbitration International*, n° 33, 2017.

Listado de legislación

- Decreto Legislativo nº 1071, de 2008, que *norma el arbitraje* (Perú).
- Ley n° 19.971, de 204, sobre *arbitraje comercial internacional*, 2004.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre *Arbitraje Comercial Internacional,* de 1985.
- Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958.

Jurisprudencia

- Corte de Apelación (Inglaterra), 16 de mayo de 2012, EWCA Civ 638.

ALGUNAS PERSPECTIVAS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO FRENTE A LA NUEVA RUTA DE LA SEDA

AN APPROACH ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW TO THE NEW SILK ROAD

Gloria Campos Jiménez*

RESUMEN

La presente exposición busca dar a conocer algunos aspectos generales sobre la Corte Internacional de Comercio de China (CICC), establecida en 2018 para resolver conflictos que surjan, especialmente, en el marco de la Nueva Ruta de la Seda.

Para estos efectos, dada la importancia de proporcionar un escenario que promueva el análisis integral, de manera previa se presentará un breve contexto de la iniciativa en la cual se inserta.

PALABRAS CLAVES: *Resolución de conflictos, la Franja y la Ruta, Corte Comercial Internacional.*

ABSTRACT

Hereby presentation seeks to introduce some general issues related to Chinese International Commercial Court (CICC), established in 2018, with the aim of solving those disputes that arise within New Silk Road initiative.

For this purpose, given the importance of providing a scenario able to promote a comprehensive analysis, will be presented in advance a brief context of the initiative in which it is inserted.

KEY WORDS: *Dispute Resolution, One Belt One Road, Chinese International Commercial Court.*

1. Presentando la Nueva Ruta de la Seda.

Como el título anticipa, el punto de partida del presente análisis se encuentra varios siglos en el pasado, en una época que vio nacer a la prominente Ruta de la Seda, por cuyos caminos no solo circularon mercaderes, sino también políticos, intelectuales, ejércitos y hombres de fe, de manera que su influencia no se limitó únicamente al desarrollo del comercio, sino que impactó con intensidad todas las naciones que atravesó, moldeando así a las sociedades que emergieron en el lejano siglo II a.C.[1]

Por esto, nadie quedó indiferente cuando, en septiembre de 2013, el entonces recién asumido Presidente de la República Popular China, Xi Jinping, anunció la revitalización de la antigua Ruta de la Seda, durante una visita oficial a Kazajistán. Más tarde, en octubre de ese mismo año, el mandatario chino visitó Indonesia y

* Egresada de Derecho, Universidad de Concepción. correo: glcampos@udec.cl

1 Santillán, Gustavo, "La expansión mongola y la Ruta de la seda: Intercambios políticos, culturales y económicos en el espacio euroasiático", en Bogado Bordazar, Laura (ed.) *China: una nueva estrategia geopolítica y global:(La iniciativa, la franja y la ruta)*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), La Plata, 2019, p. 21.

realizó un llamado a colaborar en la construcción de la Ruta Marítima de la Seda del Siglo XXI.[2]

En consecuencia, bajo el nombre de "La Franja y la Ruta" (conocida en inglés como *One Belt, One Road*, y bajo las siglas OBOR o BRI), se engloban los dos principales ejes del megaproyecto chino: En primer lugar, la Franja Económica de la Ruta de la Seda, (en inglés, *Silk Road Economic Belt)*, y en paralelo, la Ruta Marítima de la Seda del siglo XXI (también llamada *21st Century Marine Silk Road* en inglés).

La noticia fue recibida en un contexto global que ya se encontraba dando señales de cambio, dado el marcado ascenso de la región de Asia dentro del plano internacional; por lo que no pudo concebirse sino como un hito que dejaba en claro que estábamos frente al inicio de una nueva época.

Con el fin de brindarle mayor estructura al proyecto, en 2015 el Ministerio de Relaciones Exteriores chino publicó un documento titulado "Perspectivas y acciones para promover la construcción conjunta de la Franja Económica a lo largo de la Ruta de la Seda y de la Ruta de la Seda Marítima del Siglo XXI".[3]

Y, continuando con la secuencia histórica, en mayo de 2017 se celebró en Beijing el primer Foro de la Franja y la Ruta para la Cooperación Internacional, al cual le sucedieron varios otros fructíferos eventos, dentro de los cuales cabe destacar un segundo Foro de la Franja y la Ruta para la Cooperación Internacional en 2019.

IMAGEN 1

Mapa inicial de la Franja y la Ruta.
Fuente: Agencia de Noticias Xinhua.

2 Para revisar los principales hitos y la estructura general de la iniciativa, se recomienda revisar la pestaña "Sobre la Franja y la Ruta", disponible en el *Portal de la Fran y la Ruta*, disponible en https://esp.yidaiyilu.gov.cn/ydylzt.htm (consultado el 18 de abril de 2022).

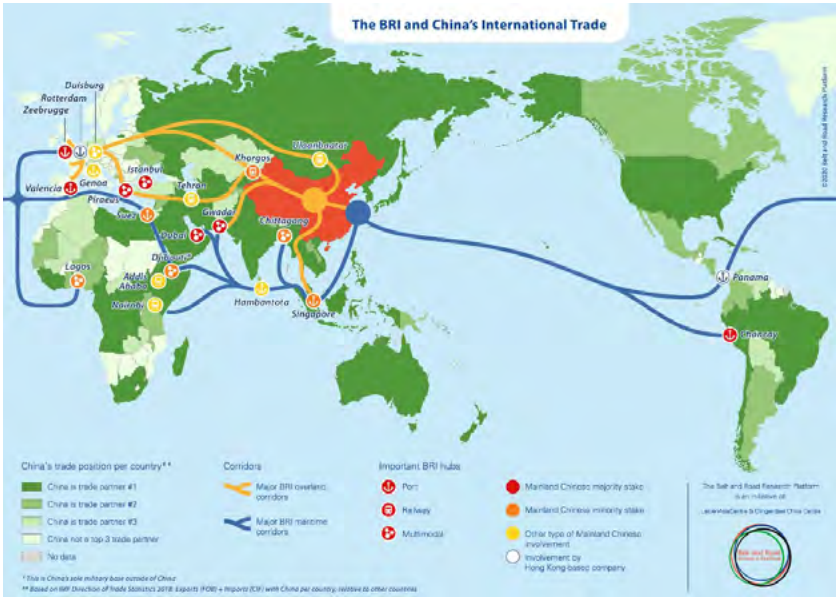
3 Han, Yu, Las "Perspectivas y acciones para promover la construcción conjunta de la Franja Económica de la Ruta de la Seda y de la Ruta Marítima de la Seda del Siglo XXI", 2015, https://esp.yidaiyilu.gov.cn/document/issue/32802.htm (consultada: 10 de abril de 2022).

En el caso de nuestra región latinoamericana, su entrada en escena ocurrió durante la II Reunión Ministerial del CELAC-China, celebrada en Santiago de Chile, en enero de 2018.[4] Éste fue el momento y lugar escogido por el gigante asiático para anunciar que América latina y el Caribe, no podían entenderse sino como la "extensión natural" de la Ruta Marítima.

Así, durante el encuentro se pasó lista de las oportunidades que se abrían[5] pues, al igual que la antigua Ruta de la Seda a la que evoca, la iniciativa no sólo pretende la dinamización del comercio, sino también generar vínculos políticos, culturales, acorde a los parámetros de los tiempos modernos, puentes tecnológicos, digitales, industriales, de innovación y desarrollo sostenible.

Para la consecución de estos objetivos, se han desarrollado cinco ejes fundamentales para la cooperación, los cuales son: 1) Coordinación de políticas, 2) Conectividad de las instalaciones, 3) Libre comercio, 4) Conectividad financiera; y 5) Vínculo entre pueblos.[6]

IMAGEN 2



Mapa para fines ilustrativos.
Fuente: Belt and Road Research Platform.

4 Conviene dejar constancia que Panamá firmó el Memorándum de Entendimiento con China en 2017.

5 Al respecto, se sugiere consultar la "Declaración de Santiago", emitida durante la II Reunión Ministerial del Foro Celac-China, 2018, https://www.minrel.gob.cl/minrel/site/docs/20180122/20180122175940/declaracio__n_de_santiago__ii_foro_celac_china_vf_22_01_2018.pdf (consultada: 10 de abril de 2022).

6 La enumeración de dichos ejes se ha obtenido de: San Martín, Daniela, "La iniciativa "One Belt, One Road" y su impacto en Chile", http://centroestudiosinternacionales.uc.cl/images/noticias/One_belt_one_road_y_su_relaci%C3%B3n_con_Chile.pdf (consultada 17 de abril de 2022). No obstante, éstos pueden reconocerse en otros documentos oficiales, como lo son los Memorándum de Entendimiento o el portal oficial: https://eng.yidaiyilu.gov.cn/index.htm.

A modo de cierre, y aunque esto sólo es una breve presentación, nos da un contexto general para apreciar su inmensidad, y permite preguntarnos si ¿podrían existir conflictos internacionales en el gran marco de la Franja y la Ruta?

2. Antecedentes relativos a la solución de conflictos en la Nueva Ruta de la Seda.

La gran cantidad de entes involucrados ha llevado a esbozar algunas clasificaciones de eventuales controversias que podrían provocarse en la implementación de esta iniciativa, por ejemplo, entre gobiernos, entre empresas y entre gobiernos y empresas.[7]

Paralelamente, desde el anuncio de la BRI en 2013 se especuló sobre la necesidad de una infraestructura legal que acompañara su desarrollo, a modo de ejemplo, un tratado general u otro tipo de instituciones políticas o legales.[8]

Desde China también se constató un aumento de disputas vinculadas a la iniciativa o entre países miembros, esgrimiendo cifras de más de 200.000 casos civiles y comerciales transnacionales concluidos por las cortes chinas, entre 2013 (año en que fue anunciada la BRI) hasta 2017 (año anterior al establecimiento de la Corte Comercial Internacional), lo cual representa el doble del número registrado en los cinco años previos a ese período.[9]

Por cierto, que el Derecho Internacional contempla de antemano mecanismos para la solución de disputas, por ejemplo, aquellos establecidos por la Organización Mundial de Comercio (OMC), la Cámara de Comercio Internacional, o incluso dentro de China, encontramos la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de ese país (CIETAC), el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), entre otros.

En este sentido, al revisar Memorándums de Entendimiento (MoU) mediante los cuales una parte -que bien puede ser un Estado, institución u otro tipo de entidad- suma su participación, no se advierten cláusulas que entreguen competencia a ninguno de estos organismos lo que, por lo demás, parece ser otra manifestación del carácter flexible de la iniciativa.

A modo ilustrativo, la redacción en los MoU con Panamá (2017),[10] República Dominicana (2018), Uruguay (2018), Argentina (2022)[11] señalan que las diferencias

7 Wang, Guiguo, Lee, Yuk-Lun y Leung, Mei-fun, *Dispute Resolution Mechanism for the Belt and Road Initiative*, Springer, Singapur, 2020, p. 11.

8 Holloway, David, "The New Chinese International Commercial Court and the Future of Dispute Resolution in the Belt and Road Initiative" en: Chen, Lei y Janssen, André (eds.), *Dispute Resolution in China, Europe and World*, Springer, Cham, 2020, p. 59

9 Shan, Wenhua y Feng, Yunya "The China International Commercial Court: towards an integrated dispute resolution system", *Asia Pacific Law Review*, vol. 29, nº 1, 2021, pp. 107-128.

10 Los MOU de Panamá, República Dominicana y Uruguay se han obtenido del portal de China en América Latina, https://www.chinaenamericalatina.info/acuerdos-de-la-nueva-ruta-de-la-seda/ (consulta: 10 de abril de 2022)

11 Obtenido de: Revista Dangdai, "Exclusivo: el MOU para el ingreso de la Argentina a la Franja y la Ruta", 2022, https://dangdai.com.ar/2022/03/14/exclusivo-mou-para-el-ingreso-de-argentina-a-la-franja-y-la-ruta/ (consulta: 10 de abril de 2022).

en la interpretación y aplicación de tales acuerdos se resolverán mediante *consultas amistosas*.

En el mismo sentido se expresan otros MoU de habla no hispana, cuyo texto en inglés reconoce las *friendly consultation*. Por ejemplo, puede citarse a Nueva Zelanda (2017), el Estado de Victoria, Australia (2018) o las *direct consultations* reconocidas por el MOU con Italia (2019).[12]

Como último antecedente, no puede obviarse, si se considera la importancia de los factores culturales en el marco de la Nueva Ruta de la Seda: la diversidad existente entre sus miembros. Este carácter se refleja en la variedad de sus sistemas jurídicos, desde los conocidos sistemas del *Common Law*, el Derecho Continental, o incluso, sistemas islámicos o aquellos calificados como mixtos.[13]

3. La propuesta de China

Dada la necesidad de fijar un marco jurídico eficaz y especializado, salvaguardar los intereses de los involucrados, que diera señales de confianza y seguridad jurídica, y a bajo costo para los entes privados que estimen adecuado someter su controversia a juicio, en 2018, se emitieron dos documentos fundamentales para el establecimiento de un sistema para la resolución de disputas en el marco de la BRI,[14] a saber:

1) La "Opinión relativa al establecimiento de mecanismos e instituciones para la resolución de Disputas Comerciales Internacionales de la Franja y la Ruta" o simplemente "La Opinión", por parte del Comité Central del Partido Comunista y la Oficina General del Consejo de Estado de la RPC. En términos generales, el dictamen es una instrucción para que los departamentos gubernamentales continúen el curso de su trabajo bajo esta línea general.[15]

2) "Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre varias cuestiones relativas al establecimiento del Tribunal Comercial Internacional", o simplemente las "Disposiciones", por el Tribunal Popular Supremo, que siguen un criterio interpretativo y otorgan un mayor marco regulador.[16]

La elección de las ciudades que servirían de asiento, evidencia, además de razones prácticas, aspectos simbólicos. Por un lado, Shenzhen ha sido clave en la política comercial china desde el período de apertura en la década de 1980 y ocupa una

12 Para revisar los textos de éstos y otros MOU, se sugiere consultar: Wang, Heng, "List of select Belt and Road Initiative agreements", 2020, https://www.researchgate.net/publication/346222225_List_of_select_Belt_and_Road_Initiative_agreements (consulta: 10 de abril de 2022).

13 Este desafío ha sido referido en varias oportunidades, por ejemplo: Zhou, Qiang, "Resolving International Commercial Disputes in a Fair, Professional and Efficient Manner so as to Provide Strong Judicial Services for the Implementation of the Belt and Road Initiative, CICC", 2018, https://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/209/1060.html (consulta: 22 de abril de 2022).

14 Vale advertir que, a continuación, para facilitar la comprensión del lector se han traducido títulos, artículos, entre otros documentos oficiales, consultando directamente las fuentes desde el chino, como sus respectivas traducciones al inglés; por esto, frente a cualquier inconsistencia, desacuerdo, o problema interpretativo, debe preferirse lo que se exprese en su idioma original.

15 Holloway, cit. (n. 8), p. 60.

16 Holloway, cit. (n. 8), p. 60.

posición estratégica en la Ruta Marítima de la Seda y el desarrollo de la *Greater Bay Area;* mientras que Xi'an, no solo es fundamental para el desarrollo interno de China, sino que también tiene profundas conexiones históricas con la Antigua Ruta de la Seda cuando, en aquella época, fue conocida como *Chang'an*, la capital imperial.[17]

A continuación, se desarrollará, en términos generales, algunas de sus características más significativas.

2.1. Reglas sobre jurisdicción y competencia.

Según el artículo 1º de Las Disposiciones: La Corte Comercial Internacional (en lo sucesivo, CICC, por sus siglas en inglés), es un órgano de adjudicación permanente del Tribunal Popular Supremo.

Luego, el artículo 2º contiene normas de competencia, señalando que conocerá sobre:

1) Casos comerciales internacionales de primera instancia en que las partes hayan elegido la jurisdicción del Tribunal Popular Supremo, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de Procedimiento Civil, con un monto en disputa que sea de, al menos, 300.000.000 yuanes;

2) Casos comerciales internacionales que estén sujetos a la jurisdicción de los tribunales populares superiores que, no obstante, se consideren casos que deben ser juzgados por el Tribunal Popular Supremo, y que hayan obtenido autorización;

3) Casos comerciales internacionales de primera instancia que tengan impacto significativo a nivel nacional;

4) Casos que involucren solicitudes de medidas cautelares en arbitraje, o para requerir la anulación o ejecución de laudos arbitrales comerciales, de acuerdo con el artículo 14 de estas Disposiciones, y

5) Otros casos comerciales internacionales que, a juicio del Tribunales Popular Supremo, sea apropiado su juzgamiento por el Tribunal Comercial Internacional.[18]

Completa el esquema el artículo 3º, que define qué debe entenderse por "caso comercial internacional", indicando que tendrá ese carácter aquel que cumpla con cualquiera de los siguientes requisitos:

1) Una o ambas partes son extranjeras, apátridas, empresas extranjeras u otro tipo de organización;

2) La residencia habitual de una o ambas partes se encuentra fuera del territorio de la República Popular China;

17 Holloway, cit. (n. 8), p. 60.

18 Traducción propia.

3) El objeto de la disputa se encuentra fuera del territorio de la República Popular China, o

4) Los hechos jurídicos que den origen, modifiquen o extingan las relaciones comerciales ocurran fuera del territorio de la República Popular China.[19]

Por tanto, queda claro que dentro de la gran variedad de disputas que pueden suscitarse en el marco de la BRI, el objetivo perseguido con el establecimiento de las CICC es la solución de conflictos entre privados.

2.2. Ventanilla Única.

La promoción de un *One-stop mechanism* o de ventanilla única para la resolución de controversias es uno de los aspectos más característicos de la CICC. Consiste en la integración y coordinación institucionalizada del litigio, la medicación y el arbitraje, para proveer un sistema más comprensivo y competitivo en la resolución de disputas.[20]

La concepción de un sistema de ventanilla única se encuentra enraizada en la política de "Diversificación de los Mecanismos de Resolución de Disputas" (DMRD), cuya primera referencia se encuentra en el punto n°7 del Segundo Programa Quinquenal de Reforma de los Tribunales Populares (2004-2008) de 2005, que fija como objetivos a desarrollar: el fortalecimiento de la mediación y arbitraje, y de explorar nuevos sistemas de resolución de disputas en conjunto con otras oficinas, promover y construir un conjunto integral y diverso de mecanismos de resolución de disputas.[21]

Luego de su implementación en algunas cortes locales en China, se decidió dar un paso más adelante, promoviendo su internacionalización, mediante la publicación de las "Opiniones para la mayor profundización de la Reforma de Diversificación de los Mecanismos de Resolución de Disputas en los Tribunales Populares", por parte del Tribunal Popular Supremo, en junio de 2016.[22]

De modo que, la promoción de un sistema diversificado no solo se ajusta a los estándares domésticos, también se reconoce como una vía para lograr un centro de disputas expedito, eficiente y capaz de afrontar las exigencias de especialización que el marco internacional requiere.[23]

19 Traducción propia.

20 Shan y Feng, cit. (n. 9).

21 Shan y Feng, cit. (n. 9).

22 Shan y Feng, cit. (n. 9).

23 Shan y Feng, cit. (n. 9).

IMAGEN 3

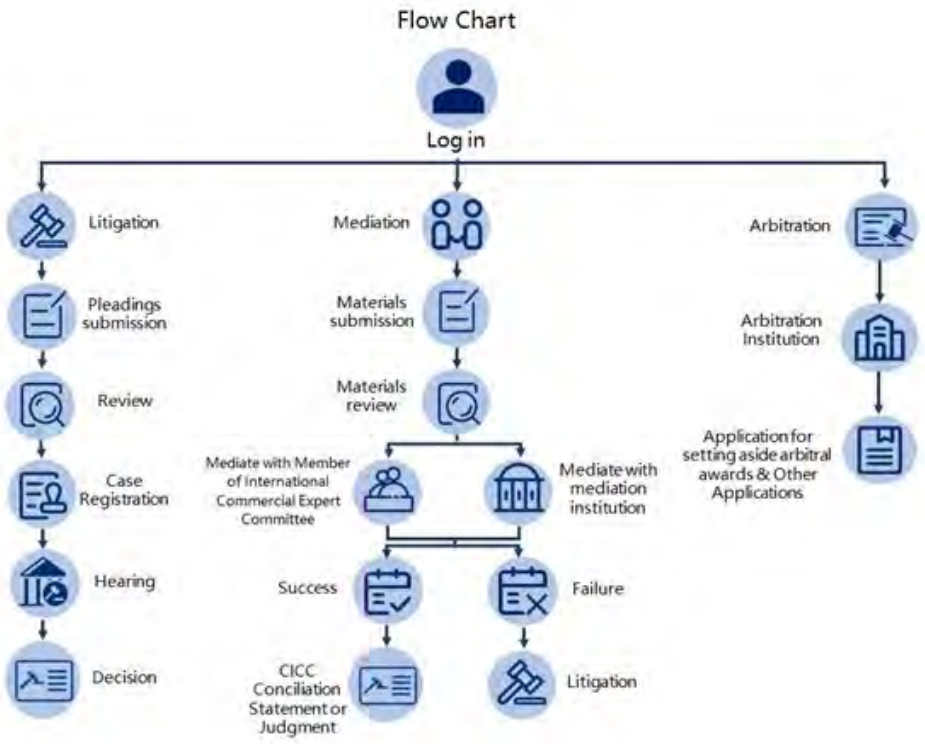


Diagrama de flujo para ilustrar el funcionamiento del sistema de Ventanilla Única.
Fuente: CICC.

2.3. Comité de Expertos.

Una de las instituciones más relevantes para la construcción de un sistema de DMRD en la CICC es el Comité de Expertos, conformado por expertos chinos y extranjeros de reconocida experiencia en áreas del Derecho Comercial Internacional; según lo exige el artículo 2º de las Reglas de Trabajo del Comité Internacional de Expertos del Tribunal Popular Supremo (en adelante, las Reglas de Trabajo).

Las Disposiciones no contemplan un número mínimo o máximo de profesionales que deben conformar el Comité. Hasta el momento el Tribunal Popular Supremo ha realizado dos rondas de nombramientos, y en la actualidad figuran en la nómina 52 expertos.[24]

El artículo 3º de las Reglas de Trabajo establece un listado no taxativo de sus funciones, contemplando dentro del primer numeral la posibilidad de servir como ente mediador entre las partes (como se visualiza en la imagen 3), facultad que también se ha entendido como un método para salvar que los catorce jueces designados para resolver los litigios deban ser de nacionalidad china, dadas las

24 Directorio de Expertos, disponible en el portal de la CICC, dirigirse a: http://cicc.court.gov.cn/html/1//219/235/237/list3.html (Consulta: 13 de abril de 2022).

limitaciones legales que existen en la legislación de la República Popular China.[25] Esto ha sido enumerado como uno de los desafíos a futuro.[26]

Los siguientes numerales refieren al deber de brindar asesoría en casos ventilados ante el Tribunal Popular Supremo o la CICC, en temas jurídicos especializados; proporcionar opiniones y sugerencias en la formulación de interpretaciones y políticas judiciales del Tribunal Popular Supremo; y brindar asesoramiento y sugerencias sobre el plan de desarrollo de la CICC.

En el mismo sentido, el artículo 8º de Las Disposiciones prevé que el Derecho extranjero pueda ser probado por algún miembro del Comité de Expertos. Dicha alternativa fue incorporada dentro de la Plataforma de Identificación del Derecho Extranjero (*Foreign Law Ascertainment Platform*), sobre la cual se volverá más adelante.[27]

2.4. Lenguaje.

A diferencia de lo que por regla general sucede en el plano nacional, en el escenario internacional, el idioma es un tema que puede resultar complejo, especialmente, si se trata de un país asiático. Por esto, la solución ha sido un uso generalizado del inglés como una segunda lengua común en las transacciones internacionales, de modo que, su adopción constituye una ventaja competitiva para las Cortes de Londres o de Singapur, y ha llevado a que otras similares -a las cuales se hará referencia más adelante- hayan buscado mecanismos para permitir su adopción en los procesos que conozcan.[28]

En este sentido, el artículo 269 de la Ley de Procedimiento Civil de la República Popular China dispone que los tribunales, al conocer sobre casos civiles que contengan un elemento extranjero, deberán emplear un lenguaje y escritura comúnmente utilizado en China, y puede proveerse de traducción, si las partes lo solicitan, la cual se otorgará a su costa.[29]

La excepción más amplia, en el caso de la CICC, se encuentra en el artículo 9º inciso segundo de Las Disposiciones, las cuales, no obstante, solo establecen que los elementos probatorios pueden aportarse en inglés, si no hay oposición de la contraria.

En el mismo sentido, el artículo 4º contempla la exigencia de que los jueces del tribunal sean capaces de emplear el chino (中文) y el inglés como idiomas de trabajo (artículo 4º).

25 Sun, Xiangzhuang, "A Chinese Approach to International Commercial Dispute Resolution: The China International Commercial Court", 2020, http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/203/1639.html (Consulta: 10 de abril de 2022).

26 Sun cit. (n. 25).

27 Plataforma disponible en el portal de la CICC, dirigirse a: http://cicc.court.gov.cn/html/1//219/353/index.html (Consulta: 13 de abril de 2022).

28 Holloway, cit. (n. 8), pp. 64-65.

29 Traducción propia. Ante posibles dudas relativas a la numeración del artículo, se ha tenido a la vista el texto modificado por enmienda del año 2021. Disponible en: https://law.pkulaw.com/chinalaw/3ce82cb92ee006b6bdfb.html

Si bien, no pueden desconocerse las complejidades que se suscitan para un litigante (sobre todo de este lado del hemisferio) el involucrarse en un juicio cuyo idioma del foro sea el chino, cabe tener presente que el litigio no es el mecanismo de solución de controversias que pretende promoverse desde esta sede, y dado que tanto la mediación como el arbitraje son procedimientos que se basan en el acuerdo de las partes, si éstas acuerdan un idioma en común, esta dificultad puede ser superada.

3. Comentarios generales.

A modo de cierre, se revisará sucintamente el contexto, a nivel global y al interior de China, a fin de proponer un esquema integral sobre el establecimiento de la CICC y sus proyecciones.

3.1. Desde una mirada global.

Aunque el fenómeno de Cortes especializadas en materia de comercio internacional no es nuevo (se puede mencionar como un modelo de estas instituciones la Corte de Arbitraje Internacional de Londres), resulta llamativo que la CICC se estableciera en un contexto en que varios países decidieron fundar instituciones con estas características en su territorio, o al menos, reformar las existentes. Pueden enumerarse, por ejemplo, la *Abu Dhabi Global Market Courts* (2015), *Singapore International Commercial Court* (2015), *Astana International Financial Centre Court* (2018), *Chamber for International Commercial Disputes, Landgericht Frankfurt* (2018), *International Chamber, Paris Tribunal de Commerce* (2018), *Netherlands Commercial Court* (2019).[30]

Esto extiende no solo los elogios, sino que también las eventuales dudas, críticas, y desafíos a su respecto, los cuales no pretenden ser revisados en esta oportunidad.

Aun así, la marcada tendencia exige cuestionarse qué está ocurriendo en el escenario internacional que ha llevado a la instauración de instituciones cada vez más especializadas. En este sentido, uno de los tantos motivos que se han esgrimido desde Europa, son las consecuencias que el Brexit puede tener en la Corte de Londres.[31]

Sin embargo, este argumento no puede aplicarse al caso chino, ni siquiera de manera forzada, lo que recuerda la conocida advertencia sobre analizar los procesos que ocurren al interior del gigante asiático, utilizando parámetros que le sean apropiados.

Con todo, los dos antecedentes más próximos que tuvo China (en un rango temporal, previo al establecimiento de la CICC), ocurrieron desde su lado del hemisferio.

30 Fach, Katia, "La creación y el funcionamiento de los tribunales comerciales internacionales: Estudio de sus efectos en el ámbito del arbitraje comercial internacional", en López Rodríguez, Ana y Fach Gómez, Katia (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 4-11.

31 Fach, cit. (n. 30), pp. 8-9.

3.2. Proyecciones desde China.

En diciembre de 2019, el Tribunal Popular Supremo volvió a emitir importantes pronunciamientos en la materia, entre ellos, las "Opiniones sobre la prestación de servicios y garantías judiciales en los tribunales populares relativas a la construcción de la 'Franja y la Ruta";[32] en cuyo contenido sustantivo subyace especialmente la idea de colaboración, lo cual es consecuente con los objetivos de la BRI.

En particular, los n°s. 38 y 39, que concluyen el documento, fijan como objetivo promover el intercambio e investigación con tribunales y organizaciones de otros países.

En ese orden, desde hace un tiempo el intercambio académico ha acompañado el desarrollo del Derecho chino, mediante la traducción de obras, códigos, leyes extranjeras, e incluso, las fuentes romanas, así como también la difusión del estudio del Derecho, organizando encuentros y centros de estudios, entre otras actividades.[33]

Consecuentemente, así como incontables son los desafíos, grandes son las expectativas que produce la conjunción de dichos esfuerzos, unidos al espíritu de la Ruta de la Seda que, desde antaño constituyó una plataforma que permitió el encuentro entre los pueblos. Precisamente, y como ya se ha aludido, desde su anuncio una preocupación ha sido la confluencia de distintos países y por ende, de culturas, lo que, por lo demás, implica el encuentro de diferentes sistemas legales y tradiciones.

En este sentido, consecuente es que, si el marco que da origen a la CICC es la Franja y la Ruta, su construcción también se enfrente a los desafíos de integración y multilateralismo en lo jurídico.

En otro sentido, destaca el n°16 que ordena aprovechar los logros obtenidos en la construcción de las "cortes inteligentes", para apoyar la investigación y capacitación jurídica, especialmente en países y regiones de la Franja y la Ruta, y la construcción de una base de datos tanto de casos como de legislación. Siguiendo un orden lógico, el n°17 refiere al desarrollo de la Plataforma de Identificación del Derecho Extranjero, cuyo lanzamiento oficial había sido realizado en noviembre de ese mismo año.[34]

Otros puntos interesantes a los cuales puede hacerse mención son el n°24, relativo a la adopción de una presunción de reciprocidad, el n° 29, que eleva a nivel de principio el privilegiar la mediación para la resolución de casos internacionales; y finalmente, el n°30, que, entre otras declaraciones generales, refiere al uso de tecnologías para la resolución de controversias.

---

32 Se recomienda Finder, Susan, "Supreme People's Court Updates its Belt & Road Policies", 2020, https://supremepeoplescourtmonitor.com/2020/01/28/supreme-peoples-court-updates-its-belt-road-policies/ (consultada: 10 de abril de 2022).

33 Véase al respecto: Schipani, Sandro, "Derecho romano en China", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n° 229-230, 2011, pp. 186-187.

34 Sun, Hang, "Supreme People's Court Officially Launches United Platform for Foreign Law Ascertainment", 2019, http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/209/1530.html (consulta: 13 de abril de 2022).

4. Comentarios Finales

Alguna vez las distancias geográficas o culturales se consideraron poderosos obstáculos para conectarse con otras latitudes. Pero, hoy en día, el avance de la tecnología y la globalización han tendido redes que, cual puentes, nos instan a cruzar esas brechas.

Por eso, así como es indiscutible la creciente importancia de China a nivel global, no puede olvidarse que, antes de los negocios y otros aspectos económicos (aunque son importantísimos), está la comunicación y el conocimiento mutuo.

Por ello, sabiendo que la Ruta de la Seda, desde su concepción más esencial, ha enlazado oriente con occidente; hablando de desafíos, en la construcción conjunta de una aldea global y de un mundo interconectado, en que se realzan valores como el de la "unidad", no puede olvidarse que la unidad no solo se trata de nuestras semejanzas, sino también de nuestras diferencias, y especialmente, de cómo las solucionamos.

Bibliografía.

- Fach, Katia "La creación y el funcionamiento de los tribunales comerciales internacionales: Estudio de sus efectos en el ámbito del arbitraje comercial internacional", en López Rodríguez, Ana y Fach Gómez, Katia (eds.), *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Finder, Susan, "Supreme People's Court Updates its Belt & Road Policies", 2020, https://supremepeoplescourtmonitor.com/2020/01/28/supreme-peoples-court-updates-its-belt-road-policies/ (consultada: 10 de abril de 2022).
- Han, Yu, "Las Perspectivas y acciones para promover la construcción conjunta de la Franja Económica de la Ruta de la Seda y de la Ruta Marítima de la Seda del Siglo XXI", 2015, https://esp.yidaiyilu.gov.cn/ydyl/event/36877.htm (consulta: 10 de abril de 2022).
- Holloway, David. "The New Chinese International Commercial Court and the Future of Dispute Resolution in the Belt and Road Initiative", en Chen, Lei y Janssen André (eds.), *Dispute Resolution in China, Europe and World*, Springer, Cham, 2020.
- Portal de China en América Latina, https://www.chinaenamericalatina.info/acuerdos-de-la-nueva-ruta-de-la-seda/ (consulta: 10 de abril de 2022)
- Revista Dangdai, "Exclusivo: el MOU para el ingreso de la Argentina a la Franja y la Ruta", 2022, https://dangdai.com.ar/2022/03/14/exclusivo-mou-para-el-ingreso-de-argentina-a-la-franja-y-la-ruta/ (consulta: 10 de abril de 2022).
- San Martín, Daniela, "La iniciativa "One Belt, One Road" y su impacto en Chile", Publicaciones CEIUC, http://centroestudiosinternacionales.uc.cl/

images/noticias/One_belt_one_road_y_su_relaci%C3%B3n_con_Chile.pdf (consulta: 17 de abril de 2022).

- Santillán, Gustavo, "La expansión mongola y la Ruta de la seda: Intercambios políticos, culturales y económicos en el espacio euroasiático", en Bogado Bordazar, L.L (eds.) *China: una nueva estrategia geopolítica y global:(La iniciativa, la franja y la ruta)*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), La Plata, 2019.
- Schipani, Sandro, "Derecho romano en China", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n° 229-230, 2011, pp. 97-120.
- Shan, Wenhua y Feng, Yunya "The China International Commercial Court:towards an integrated dispute resolution system", *Asia Pacific Law Review*, vol. 29, nº 1, 2021, pp. 107-128.
- Sun, Hang, "Supreme People's Court Officially Launches United Platform for Foreign Law Ascertainment", 2019, http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/209/1530.html (consulta: 13 de abril de 2022).
- Sun, Xiangzhuang, "A Chinese Approach to International Commercial Dispute Resolution: The China International Commercial Court", 2020, http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/203/1639.html (consulta: 10 de abril de 2022).
- Wang, Guiguo, Lee, Yuk-Lun y Leung, Mei-fun, *Dispute Resolution Mechanism for the Belt and Road Initiative*, Springer, Singapur, 2020.
- Wang, Heng, "List of select Belt and Road Initiative agreements", 2020, https://www.researchgate.net/publication/346222225_List_of_select_Belt_and_Road_Initiative_agreements (consulta: 10 de abril de 2022).
- Zhou, Qiang, "Resolving International Commercial Disputes in a Fair, Professional and Efficient Manner so as to Provide Strong Judicial Services for the Implementation of the Belt and Road Initiative, CICC", 2018, https://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/209/1060.html (consulta: 22 de abril de 2022).

Listado de normativa

1) Opinión relativa al establecimiento de mecanismos e instituciones para la resolución de Disputas Comerciales Internacionales de la Franja y la Ruta, 2018. (República Popular China).
2) Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre varias cuestiones relativas al establecimiento del Tribunal Comercial Internacional, 2018. (República Popular China). http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/817.html
3) Numero de ley Reglas de Trabajo del Comité Internacional de Expertos del Tribunal Popular Supremo, 2018. (República Popular China). http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/1146.html

4) Numero de ley. Reglas de Procedimiento para la Corte Comercial Internacional de China, 2018. (República Popular China). http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/208/210/1183.html.

5) Opiniones para la mayor profundización de la Reforma de la Diversificación de los Mecanismos de Resolución de Disputas en los Tribunales Populares, 2016. (República Popular China). https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-22742.html

6) Opiniones sobre la prestación de servicios y garantías judiciales en los tribunales populares relativas a la construcción de la 'Franja y la Ruta', 2019. República Popular China). https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-212931.html

Imágenes

- Imagen 1: Agencia de Noticias Xinhua, 2020, https://en.imsilkroad.com/p/312808.html
- Imagen 2: Belt and Road Research Platform, 2020, https://en.imsilkroad.com/p/312808.html
- Imagen 3: Sitio Oficial CICC, http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/399/index.html

JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

REFLEXIONES DESDE LA PRÁCTICA JUDICIAL EN TORNO A LA DIFICULTAD DE APLICACIÓN DE NORMAS DE CONFLICTO EN EL ÁMBITO PROCESAL Y SUSTANTIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, ANÁLISIS DE LA CAUSA ROL Nº 2261-2017 DEL JUZGADO DE LETRAS DE PUERTO VARAS, DE 31 DE OCTUBRE DE 2018.

Lorena Lemunao Aguilar*

Antecedentes preliminares y hechos de la causa.

Cómo primera cuestión, quisiera señalar que estas breves reflexiones no tienen otra intención que evidenciar los desafíos que, desde la *praxis*, hoy experimenta el derecho internacional privado, en especial en materias de competencia internacional de los tribunales chilenos, la prórroga internacional o sumisión, litispendencia internacional y la sucesión internacional. Así como, manifestar la necesidad que estas materias se encuentren reguladas y que permitan a los operadores del sistema una justicia más certera, expedita y oportuna.

Para ello, se abordará un caso concreto donde estas materias fueron controvertidas, desde una perspectiva académica, respecto de lo que se resolvió por el Tribunal en una etapa temprana del proceso, cuyo fondo se encuentra terminado por un equivalente jurisdiccional.

Como antecedentes del caso, se pueden enunciar a modo de resumen y en lo relevante los siguientes hechos:

1.- Que ante Primer Juzgado de Letras de Puerto Varas, doña Summer Tompinks dedujo demanda de nulidad de testamento y en subsidio de reforma de testamento; acción de petición de herencia, acción de inoponibilidad por abuso del derecho y de la personalidad jurídica y acción de indemnización de perjuicios.

2.- Con fecha 20 de febrero de 2018, la parte demandada The Douglas R. Tompkins Revocable Trust opuso las siguientes excepciones en carácter de dilatorias en contra de todas las acciones deducidas por la demandante: I.- **Incompetencia del**

* Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile, Jueza Titular del Primer Juzgado de Letras de Puerto Varas. Presidenta de la Asociación Regional Magistradas y Magistrados Los Lagos. Elegida el año 2021 como la mejor asociada en lo gremial, por la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados de Chile.

Tribunal: A modo de resumen, se sostiene que el artículo 955 del Código Civil y el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil son esenciales para determinar la competencia y para establecer la ley aplicable a su sucesión, cual es, el último domicilio del causante. Que al respecto, se indicó que Don Douglas Tompkins, no tuvo su último domicilio en Chile, dado que jamás constituyo domicilio en este país y que jamás perdió su domicilio en California, E.E.U.U.

Expuso, además, consideraciones sobre el concepto de domicilio en general y la distinción entre domicilio político y civil en particular, citando el artículo 59 del Código Civil y haciendo presente la conjunción esencial para configurarse un domicilio, esto es, el elemento objetivo de residencia y uno inmaterial, sobre el ánimo de permanecer en esa residencia. También indicó que conforme la distinción del artículo 61 del Código Civil, para determinar si una persona está domiciliada en Chile hay que atender al concepto de *domicilio político*, último que se regula por el Derecho Internacional, siendo el instrumento más conocido a este respecto el Código de Bustamante, el cual endosa a la ley chilena la regulación del domicilio político.

Añadió, que constituye un principio generalmente aceptado en Derecho Internacional Privado, que una persona sólo puede tener un domicilio político a diferencia de lo que ocurre con el civil, que el domicilio político es unitario y se pierde solo al adquirirse uno nuevo, por lo que el mero traslado de una persona de un lugar a otro por un periodo de tiempo más o menos prolongado no es suficiente para hacerlo perder su domicilio y adquirir uno nuevo, conclusión aceptada en Chile y E.E.U.U. Y que por lo anterior no se aplican las presunciones de domicilio que contienen los artículos 63 a 70 del Código Civil.

Indicó, por último, que el tribunal es incompetente por configurarse sumisión o prórroga de la competencia internacional, al haber optado la actora por demandar inicialmente en E.E.U.U., institución reconocida en el Código de Bustamante en el artículo 318 y que si bien dicho Código se aplica ante los Tribunales signatarios, la doctrina ha estimado que sus reglas se aplican en carácter de principios generales del derecho y que en el caso de autos ha operado en carácter de tácita.

II.- Opuso, también la excepción de **litispendencia**, entre la acción deducida en el tribunal chileno y aquella deducida por la actora ante los tribunales norteamericanos, sin ser exigible una identidad perfecta entre estos, a la luz de los principios que justifican esta institución, estimando que en ambas acciones se trata de las mismas personas, se persigue el mismo beneficio jurídico y se invoca la misma causa de pedir. Que esta institución procede sea que ambos juicios se sustancien en un mismo país o países distintos, conforme principios de Derecho Internacional.

III.- Que fundó su tercera y última excepción dilatoria, en la **corrección del procedimiento.** Indicó que la actora ha violado una serie de principios y normas fundamentales del derecho procesal, todos derivados al principio de buena fe, que la actora ha incurrido en "fórum shopping" y violado la teoría de los actos propios o "estoppel". Define la primera como aquella conducta destinada a manipular los

factores atributivos de jurisdicción para intentar obtener, en un Estado determinado, una sentencia favorable que pueda ser invocada en otro Estado donde el resultado del juicio sobre la misma controversia sería negativo, constituyendo un fraude procesal. Agregó, que la conducta de la actora configura la institución comentada, al demandar en Chile después de haber perdido en primera instancia en California, invocando un supuesto domicilio chileno de su padre.

3.- Que la parte demandante en el traslado respectivo, en cuanto a la excepción de incompetencia del tribunal, señaló que lo realmente alegado es la *falta de jurisdicción* de todos los tribunales chilenos para conocer la demanda de este caso, además, de ser un hecho público y notorio que el señor Tompkins tenía su domicilio en Chile al momento de su fallecimiento, dado que la competencia busca la corrección del procedimiento, en tanto la segunda, es una excepción perentoria o de fondo, que busca impedir que la pretensión sea resuelta. Manifestaron, que aun en el evento de estimarse estar en presencia de una excepción de incompetencia, el domicilio del Sr. Tompkins fue en Chile, resultando aplicable la regla del artículo 955 del Código Civil y 148 del Código Orgánico de Tribunales.

También señaló, que la contraria ha confundido los conceptos de domicilio, nacionalidad, ciudadanía y estatus migratorio, dado que las tres últimas requieren del cumplimiento de ciertos requisitos fijados por cada Estado, a diferencia del domicilio que solo requiere la concurrencia de los elementos que lo componen. En cuanto a la relación entre domicilio y estatus migratorio determinado, señaló que no puede confundirse el término residencia, como elemento del domicilio, con el de residencia permanente o temporal, como estatus migratorio, siendo perfectamente posible ingresar al país con visa de turista y tener domicilio en Chile, tal como lo hizo el señor Tompkins y muchos inmigrantes.

Añadió, que la sola condición de estadounidense del señor Tompkins y las demandadas, no impedía la aplicación de la ley chilena, conforme los artículos 14 y 955 del Código Civil. En cuanto a la distinción entre domicilio político y civil efectuada por la parte demandada, expresó que no existe una explicación para entender que el artículo 955 se refiere al domicilio político, que dicho artículo perdería su utilidad si exclusivamente se refiriera a tal domicilio ya que sólo se podría determinar la ley aplicable y no así la competencia especifica del tribunal, teoría que también haría inaplicable al artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, como norma de determinación de la competencia territorial, resultando en definitiva una teoría circular por parte de la demandada, al declarar que los requisitos de ambos domicilios son los mismos.

Sostuvo, en relación con la sumisión o prórroga de competencia internacional que se está reconociendo que el Tribunal de Puerto Varas, es el naturalmente competente. Que la sumisión tácita requiere que se trate de la misma demanda, sumado a que tal institución no tiene aplicación en el proceso, dado que Estados Unidos no es un país signatario del Código de Bustamante, y que su aplicación como principio general de Derecho Internacional no implica que todas las normas contenidas en el Código sean aplicables a países no signatarios. Agregan que la sumisión tampoco

podría ser aplicada, desde que el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales vincula a un tribunal con determinadas materias, lo que determina la competencia absoluta del tribunal, la cual es improrrogable.

En cuanto a la segunda excepción, esto es, la litispendencia, sostuvieron que la regla del Código de Bustamante no es aplicable al caso dado que Estados Unidos no es un país contratante, debiendo recurrirse a las reglas generales. Que el reconocimiento de esta institución significa la abdicación a favor de tribunales extranjeros, de una serie de obligaciones del Poder Judicial consagradas constitucionalmente.

Además, que, en la especie tampoco se cumplen los requisitos de procedencia de esta excepción. Que no basta que en ambos juicios litiguen las mismas partes y se persigan las mismas cosas, sino que debe concurrir estrictamente la triple identidad requerida por el Código de Procedimiento Civil, debiendo ser aún más riguroso al tratarse de casos internacionales, atendido el análisis que debe realizarse del derecho extranjero y que se trata de una renuncia a la soberanía de Chile.

En cuanto a la tercera excepción, se indicó que es una reiteración de la excepción de litis pendencia. Negó la concurrencia del denominado *fórum shopping*, explicando que fueron las demandadas quienes, utilizando la ley de California, notificaron a la demandante dándole un plazo de 120 días para ejercer cualquier acción judicial ante los tribunales de dicho Estado, viéndose forzada la actora a iniciar una acción legal para preservar sus derechos. Añadió, que la contraria no indica las consecuencias que tendría el acoger la presente excepción, pudiendo entenderse de su escrito que su objetivo sería poner término al juicio, lo cual es contrario a lo establecido en el artículo 303 n° 6 del Código de Procedimiento Civil, al buscar impedir su tramitación, afectando el fondo de la acción deducida.

4. Finalmente resta indicar en cuanto a los hechos, a modo de resumen, que se estableció que el causante tenía domicilio en Chile y que existieron dos procesos incoados en Estados Unidos, el primero de ellos, de naturaleza voluntaria, y el segundo, era un procedimiento de carácter sumario iniciado por la propia demandada, que no entraba al fondo de la discusión, ni guardaba un mínimo de semejanza con la cantidad de acciones deducidas en Chile. Y que esta Jueza rechazó las excepciones ya enunciadas, resolución que fue confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt por unanimidad, cuyos fundamentos se abordarán a continuación.

Normas de conflicto y resolución de la controversia planteada: Competencia de los tribunales chilenos versus los tribunales de EEUU, prórroga tácita de competencia y litis pendencia bajo la legislación actual.

Al respecto, tendré que manifestar que, para resolver esta compleja controversia bajo la legislación actual, se presentaron varios retos para adjudicar o decir el derecho, ya que desde la perspectiva fáctica no solo había que ponderar una vasta prueba, sino que también había que definir qué normas jurídicas correspondía aplicar al caso

concreto. Una vez fijadas estás, los hechos debían subsumirse en reglas jurídicas que de su sola lectura no permitían arribar a un sentido y alcance claro y preciso, sino fue necesario interpretar y dotarlas de contenido. Además, de precisar cada uno de los conceptos jurídicos invocados por las partes en la etapa de discusión. Existiendo para todo ello sendos informes en derecho.

De esta manera, la resolución hace alusión a la *Jurisdicción y a la Competencia*. Así como sus diferencias y que no existe discusión en que la jurisdicción es un atributo de la soberanía, es una función del Estado cuyo ejercicio privativo corresponde a los tribunales de justicia, en tanto que la competencia es la parte de jurisdicción que concierne a cada tribunal. En base a lo anterior, las normas de ambas instituciones son de orden público y de derecho estricto, lo cual trae aparejado que no se pueden aplicar por analogía ni utilizar teorías o doctrinas al efecto.

Lo anterior permitió, resolver aquella argumentación de la demandante en cuanto a que la contraria planteaba la ausencia o falta de jurisdicción y no la competencia del Tribunal. Al respecto, se ponderó que dicha alegación no guarda relación con lo planteado procesalmente por la demandada, aun cuando pudieren asemejarse en cuantos, a sus efectos, no son lo mismo. Y que la forma cómo se debe alegar la falta de jurisdicción, como lo indica la doctrina citada, debía ser denunciada a través del amplio concepto de excepción procesal que reconoce el artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, por ser la Jurisdicción un presupuesto procesal y no una condición de la acción.

A su turno, se diferenció *Nacionalidad y Ciudadanía*. Y en este sentido siguiendo a Guzmán, se estableció que "La nacionalidad, es el vínculo jurídico y político que une a una persona con un Estado determinado. La ciudadanía, en cambio, es el conjunto de condiciones que el Derecho Público de un Estado exige para que sus nacionales puedan ejercitar derechos políticos dentro de él."[1]

También, que no es controvertido que el domicilio, desde una perspectiva jurídica, forma parte del conjunto de los llamados derechos o atributos de la personalidad, esto es, de aquellas propiedades o características que son inherentes a toda persona como titulares con derechos y obligaciones. Y que, como concepto se encuentra definido en el artículo 59 del Código Civil que reza: "El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídase en político y civil". El artículo 60 agrega que "El domicilio político es relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere es o se hace miembro de la sociedad chilena, aunque conserve la calidad de extranjero. La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional", por su parte define el artículo 61 que "El domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado".

Dicho lo anterior, correspondía dilucidar a qué domicilio se refieren estas normas de competencia, si al civil o al político, inclinándose por el primero, por los

1 Guzmán, Diego. *Tratado de derecho internacional privado*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003. p.101.

siguientes motivos: 1.-Por razones de interpretación sistémica y coherente de las reglas de competencia antes enunciadas, por cuanto de no ser así, resultaría que todos los tribunales de la República serían competentes, además, que no tendría lógica ni aplicación práctica, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 148 del cuerpo legal ya señalado. 2.-Que, de la pretensión de la actora y las defensas de la demandada, se advierte que no se invocan derechos de índole político, ni de ningún derecho en particular, sino que privados o de naturaleza común y que en ese orden, el domicilio se encuadra dentro de un atributo de personalidad. Lo que permite, descartar desde ya la importancia que se les da a la nacionalidad y ciudadanía del causante, puesto que no se invocan ni se rechazan el ejercicio de derechos políticos dentro del Estado chileno, ni menos de algún derecho específico, como pudiera ser el tributario, donde importa la residencia, que no distingue entre nacionales y extranjeros, ya que habla de personas, según lo dispone el artículo 8 N°8 del Código Tributario que reza: "Para los fines del presente Código y demás leyes tributarias, salvo que de sus textos se desprenda un significado diverso, se entenderá: N°8 por "Residente", toda persona natural que permanezca en Chile más de seis meses en un año calendario, o más de seis meses en total dentro de dos años tributarios consecutivos". Y artículo 2 del Código Tributario que señala: "En lo no previsto por este Código y demás leyes tributarias, se aplicarán las normas de derecho común contenidas en leyes generales o especiales". 3.- Que la remisión efectuada por el Código Civil en su artículo 60, en cuanto a la constitución y efectos del domicilio político al Derecho Internacional, está claro que existe un vacío al respecto, por lo que corresponde utilizar la función integradora del derecho y aplicar la analogía de las normas del Código Civil sobre el domicilio civil. 4.- Que, además, por un argumento relativo a la historia fidedigna del establecimiento de la norma del artículo 955 del Código Civil que da cuenta el informe en derecho acompañado al proceso por el profesor Domínguez en cuanto señala "Andrés Bello en nota al artículo 1113 del Proyecto Inédito (actual artículo 955) alude a Savigny, par. 375, tomo 8, pág. 291 y transcribe lo que se dice allí: "En general, el derecho de sucesión se regla según el derecho local del domicilio que tenía el difunto al momento de su muerte". 5.- Se razonó, además, que este sería el único caso en que un extranjero no pudiera, en definitiva, ejercer un atributo de la personalidad inherente a toda persona en Chile, para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de sus derechos. Y que, dado el escenario migratorio de nuestro país, donde es un hecho público y notorio que cada persona inmigrante aun cuando no reúna los requisitos de extranjería para permanecer o residir en el país, tiene un domicilio civil, dentro del territorio para el tráfico jurídico. Máxime, que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República e inclusive los extranjeros, como lo sostiene el artículo 14 del Código Civil y que el artículo 57 del mismo cuerpo legal sostiene: "La ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código."

Que en cuanto a la prórroga tácita de competencia alegada por la demandada, el tribunal la desechó por los siguientes motivos:1.-Que no es preciso el hecho que la actora optó por demandar inicialmente en Estados Unidos sino que la demandada,

en su calidad de co-fideicomisarias del Fideicomiso Revocable Douglas R. Tompinks, solicitaron la notificación del fideicomiso en razón de lo exigido por la ley de California, siendo una de las notificadas doña Summer Tompkins Walker, para efecto de oponerse dentro de un plazo.2.- Que es un criterio uniforme tanto en la Jurisprudencia como en la doctrina que las normas relativas a la Jurisdicción y Competencia, son de orden público y que no procede la aplicación de teorías de la doctrina en contrario, ya que es una manifestación de la Soberanía Nacional y que solo corresponde aplicar una excepción cuando exista una norma jurídica expresa que lo habilite. 3.- Que es un hecho público y notorio que el Código de Bustamante, no fue suscrito ni ratificado por los Estados Unidos de Norteamérica y que no se puede aplicar como principio de Derecho Internacional a esta causa, por la prevención expresa de Chile al aprobarlo, que prescribe: "ante el derecho chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos chilenos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros".

Que en cuanto a la segunda excepción, de Litis Pendencia, se expresaron los siguientes argumentos: 1.- Que en Chile en la presente causa se han deducido cinco acciones: nulidad del testamento del señor Tompkins, reforma de ese testamento, petición de herencia, inoponibilidad de la estructura jurídica creada por el causante, compuesta por el Trust y diferentes sociedades (levantamiento del velo) e indemnización de perjuicios. Que, al efecto el tribunal no puede, dar por configurada la triple identidad aun cuando el análisis que se realiza no es de una equivalencia o correspondencia estricta, sino que deben tratarse a lo menos de acciones parecidas, puesto que lo obrado en dicho país, se puede clasificar en dos tipos de procesos. Uno denominado "solicitud de legalización de testamento" o "*petition for probate*", que se asemeja a la posesión efectiva en Chile por ende de naturaleza voluntaria, el cual no tiene las características de un procedimiento declarativo, adversarial y contradictorio, donde no se ve afectada la cosa juzgada. A su turno, cabe destacar, que la acción de la demandante de esta causa denominada "Petición para determinar legítimas forzosas en bienes del trust e imponer trust implícito", es provocada por la notificación de los fideicomisarios de conformidad al Código Testamentario de California, el cual establece un plazo para impugnar el fideicomiso, cuya resolución se llevó a cabo en un procedimiento sumario dictado por la Corte Superior del Estado de California, por el cual éste último accede a la solicitud de las demandadas.

3.- Por todo lo cual, se concluyó que la excepción de litis pendencia, no se encuentra justificada desde que no se entró al fondo de la petición, sino que la causa finalizó por uno proceso previo (sumario) o de admisibilidad, con lo cual tampoco se corre el riesgo de sentencias contradictorias, máxime si las acciones presentadas en este tribunal exceden ampliamente lo discutido en Estados Unidos, a saber, el levantamiento de velo, indemnización de perjuicios.

4.- Lo contrario significaría que la judicatura, estaría trasgrediendo el principio de igualdad ante la ley y el acceso de la tutela judicial efectiva como manifestación del

debido proceso, respecto de quien impetra una pretensión, cuyo conocimiento por ley expresa se encontraba en la esfera de competencia de este Tribunal.

5.- Que por otro lado, la excepción en comento requiere pronunciamiento desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado o en otros términos, si en la especie procede la litis pendencia internacional o sumisión. Al respecto, como ya se adelantó a propósito de la excepción de incompetencia y prórroga tácita de ésta, luego de dar un concepto Jurisdicción, se dijo que es una función pública y una manifestación de la Soberanía Nacional y que por ende las normas que la regulan junto a la competencia son de orden público, a lo cual cabe agregar que ésta, se ejerce dentro del territorio de la República. En dicha virtud, lo planteado en esta excepción se aborda doctrinalmente a propósito de los límites territoriales de la jurisdicción, y siguiendo en este sentido al profesor Quezada: "La base legal de este límite se encuentra en los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución Política y en los artículos 14 del Código Civil, 2° y 6° del Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Bustamante. Este Código fue aprobado por Chile con la especial 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 chilenos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros". Indicando, además, "De acuerdo a esta reserva es una ley supletoria"[2]. En consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales chilenos solo puede ser renunciado en casos excepcionales establecidos en la Constitución o la ley, incluyendo a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Y que cómo se sabe nuestro derecho interno carece de una norma relativa a la litis pendencia internacional o la sumisión, por lo que el único cuerpo legal de normas es el Código de Bustamante, donde nuevamente es útil recordar que Estados Unidos no es parte expresamente de dicho Tratado y tampoco puede ser utilizado como principios generales del derecho debido a la reserva expresa de Chile ya referida.

Que cuanto a la tercera y última excepción, esto es, corrección del procedimiento, del artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, lo primero que se dijo es que la buena fe procesal al igual que la civil, se presume, haciendo extensivo lo descrito en el artículo 707 del Código Civil, por lo que en el caso concreto la carga de prueba recae en el articulista, ya que sostiene la existencia de conductas reñidas con ésta. En dicha virtud, se enunció que fácticamente es solo aproximado, sostener que la actora demanda en Chile, después de haber optado y perdido en primera instancia en California, invocado un supuesto domicilio chileno de su padre y que ello constituya un fraude procesal. Todo lo cual, resulta a su turno aplicable a la teoría de los actos propios o "estoppel", máxime, si es absolutamente discutible que ambas instituciones, en el caso concreto constituyan en nuestro derecho una sanción procesal que permita declarar inadmisible una acción, cuando no es ostensible una conducta contraria a la buena fe y tampoco guarda vínculo con el tenor literal del artículo 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, que indica que "En general

2 Quezada, José. *La Jurisdicción*, Ediar, Santiago, 1984, p. 77.

las que se refieran a la corrección de procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida", ya que el efecto querido por la demandada es evitar que se conozca el fondo. Por último, no se debe olvidar que las sanciones son de derecho estricto y que siempre las partes en caso de acreditarse en el fondo, infracción a la teoría de los actos propios, tienen a salvo la condena en costas.

Necesidad de un Código o Ley de Derecho Internacional Privado

De lo expuesto precedentemente, y analizado los hechos y antecedentes del caso a la luz de la normativa que contempla el proyecto de ley de Derecho Internacional privado, la solución jurídica de las excepciones en comento inclusive del fondo hubiese sido más expeditas y fáciles de resolver.

Bibliografía

- Guzmán, Diego. *Tratado de derecho internacional privado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- Quezada, José. *La Jurisdicción*, Ediar, Santiago, 1984.

Listado de legislación

- Código Civil de Chile.
- Código de Derecho Internacional Privado de Chile.
- Código Orgánico de Tribunales de Chile.
- Código de Procedimiento Civil de Chile.
- Código Tributario de Chile.

Jurisprudencia

- Juzgado de Letras de Puerto Varas, 31 de octubre de 2018, Rol 2261-2017

ADIPRI

Asociación Chilena de
Derecho Internacional Privado