

PRIVADO

Albornoz

02/02/15

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO.

TOMO VI

ARTÍCULOS 2277 A 2671

REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

JULIO CÉSAR RIVERA
GRACIELA MEDINA

Directores

MARIANO ESPER
Coordinador

CRISTINA NOEMÍ ARMELLA - SEBASTIÁN BALBÍN
RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO - IGNACIO A. ESCUTI
DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO - PEDRO GALMARINI
LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY - LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ
EDGARDO LÓPEZ HERRERA - GRACIELA MEDINA
OSVALDO FELIPE PITRAU - RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS
JULIO CÉSAR RIVERA - GABRIEL G. ROLLER
EDUARDO GUILLERMO ROVEDA - MARTÍN SIGAL

Directores de área

THOMSON REUTERS

LA LEY



parte del deudor o un tercero. Frente al desapoderamiento el retenedor, puede ejercer las acciones previstas en el art. 2590, inc. a), dirigida a proteger su tenencia sobre la cosa retenida en el plazo de un año conforma al plazo de prescripción previsto en el art. 2564, inc. b), del Código Civil y Comercial.

Si hubo abandono voluntario y luego la cosa volvió a poder del ex retenedor, no por ello renace la retención, por disposición del inc. c), a semejanza de lo que preveía el art. 3943 del Código Civil de Vélez.

6. Extinción imputable al retenedor

El inc. f), siempre del art. 2593, prescribe que la retención se extingue por falta de cumplimiento de las obligaciones del retenedor o si incurre en abuso de su derecho.

La facultad de retención pone en cabeza del retenedor algunas pocas cargas que debe satisfacer para mantener su garantía.

Frente al uso prohibido de la cosa caben dos soluciones posibles: ordenar su secuestro o demandar la extinción de la retención. La primera solución, sostenida por Beltrán de Heredia de Onís, Venegas Rodríguez, Lafaille, Fernández y Acuña Anzorena, no se compadece con la naturaleza jurídica de la retención, que es un mero hecho jurídico real (Leiva Fernández).

Como el uso de la cosa —por regla— está prohibido, el retenedor que usa la cosa retenida —o mejor aún, que se aprovecha de la cosa retenida— convierte en ilícita su relación real y por ello extingue la retención (Leiva Fernández). Si se extingue la retención, no corresponde proceder a secuestro y depósito judicial alguno, sino que corresponde entregar la cosa al acreedor de su restitución. Secuestrarla implicaría tener que resolver quién debería afrontar económicamente el secuestro y depósito de la cosa.

Desde luego que si el retenedor intervierte su título, cesa la retención.

III. JURISPRUDENCIA

Corresponde rechazar el derecho de retención alegado por el locatario de un inmueble con fundamento en la falta de pago de las mejoras realizadas sobre el bien, si ha renunciado en forma expresa a ejercer tal derecho al contratar (C3ª Civ. y Com. Córdoba, 21/6/2007, LLC 2008 [octubre], 995, AR/JUR/12942/2007).

V. también: CNCiv., sala C, 10/3/1994, ED, 159-285; CNCrim. y Correc., sala I, 9/10/1990, LA LEY, 1991-B, 169; DJ, 1991-I-868.

TÍTULO IV

DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

Bibliografía sobre la reforma: BRITOS, CRISTINA, "Principios del Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código", LA LEY, 2014-A, 742; UZAL, MARÍA ELSA, "Breve panorama de la reforma de Derecho Internacional Privado", en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 1179-1208.

Bibliografía clásica: ALCORTA, AMANCIO, *Apuntes de Derecho Internacional Privado - Extracto de las Conferencias*, Emilio de Marsico, Buenos Aires, 1883; ANGUAS, MARGARITA - LASCANO, CARLOS ALBERTO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, El Ateneo, Buenos Aires, 1928; BALESTRA, RICARDO R., *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2006; BASZ, VICTORIA - CAMPANELLA, ELIZABET, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009; BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, t. I, 5ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2006; t. II, 6ª ed., 2010; t. III, 6ª ed., 2010; id., *Derecho Internacional Privado - En la estructura jurídica del mundo*, 6ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011; BIOCCA, STELLA MARIS, *Derecho Internacional Privado - Un nuevo enfoque*, Lajouane, Buenos Aires, 2004; CALANDRELLI, ALCIDES, *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1915; CHAVARRI, ÁNGEL, *Derecho Civil Internacional argentino (contribución a la reforma del código)*, J. J. Rosso, Buenos Aires, 1935; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA, *Derecho Internacional Privado - Parte Especial*, Universidad, Buenos Aires, 2000; FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., *Derecho Internacional Privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Advocatns, Córdoba, 1998; id., (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavallia, Buenos Aires, 2003; id., "Chronique de jurisprudence argentine de droit international privé", *Journal de Droit International*, 2008-1, ps. 199-231, y 2012-1, ps. 231-263; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., EJE, Buenos Aires, s/d; id., *Suma de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1961; id., *Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia*, 10ª ed. actualizada por Alicia Perugini Zanetti, LexisNexis, Buenos Aires, 2009; INÍGUEZ, MARCELO DANIEL, *Curso de Derecho Internacional Privado - Parte General*, Induvio, s/l, 2010; KALLER DE ORCHANSKY, BERTA,

Nuevo manual de Derecho Internacional Privado, 5ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1997; LAZCANO, CARLOS ALBERTO, *Derecho Internacional Privado*, Platenense, La Plata, 1965; PARDO, ALBERTO JUAN, *Derecho Internacional Privado - Parte General*, Abaco, Buenos Aires, 1976; ROMERO DEL PRADO, VÍCTOR N., *Derecho Internacional Privado*, Assandri, Córdoba, 1961; SOTO, ALFREDO MARIO, *Temas estructurales del derecho internacional privado*, 2ª ed., Estudio, Buenos Aires, 2011; WEINBERG, INÉS M., *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011; ZUCCHERINO, RICARDO M., *Derecho Internacional Privado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.

COMENTARIO INTRODUCTORIO AL TÍTULO IV

El Código Civil sustituido no contenía una regulación integral y sistemática del Derecho Internacional Privado (DIPr), pero sí varias normas específicamente destinadas a regular relaciones privadas internacionales respecto de materias particulares. Dicha regulación consistía no sólo en la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto sino también en la atribución de jurisdicción a los jueces argentinos. A pesar de la transcendencia de tales normas, aquel Código nunca llegó a contener todo el sistema argentino de DIPr. Esto se debió a diferentes razones, unas más inevitables que otras. En primer lugar, dicho sistema conoció desde muy temprano, con los Tratados de Montevideo de 1889, una dimensión internacional que habría de tener una singular influencia y que creció inusitadamente en las últimas décadas. Esa parte (ahora muy significativa) del sistema no puede estar, por definición, dentro del Código. En segundo lugar, un sector muy importante del DIPr, de fuente interna, el que se ocupa de establecer los mecanismos y las condiciones para que las decisiones extranjeras puedan tener efectos en nuestro país, nunca estuvo en el Código Civil sustituido. Por motivos que pertenecen más a la Historia que a la Constitución, se interpretó que la regulación de ese sector entraba dentro las atribuciones legislativas provinciales. En consecuencia, es a cada código procesal de derecho privado (incluyendo el federal) adonde hay que ir a buscar las normas respectivas. En tercer lugar —y esto no es exclusivo del DIPr.—, los códigos de fondo han sufrido un proceso de centrifugación por el cual se escaparon materias enteras que pasaron a estar reguladas en leyes especiales. Es en ellas donde se suelen encontrar las normas de DIPr específicas.

La situación que acabamos de describir no cambia con el nuevo Código. Por el contrario, no hace otra cosa que consolidarse. La cuestión no es menor si se tiene en cuenta que los intentos de codificación del DIPr argentino se vienen repitiendo desde hace casi cuarenta años, con diferentes enfoques. No es éste el lugar para analizar esos proyectos, pero sí vale la pena subrayar que se han propuesto dos enfoques básicos: mantener la regulación general del DIPr en el Código Civil (así lo hicieron los

proyectos de reforma de los años 90) o aprobar un instrumento autónomo (fue la opción propuesta por Werner Goldschmidt en 1974, reflatada más de quince años después, y por una Comisión creada por el Ministerio de Justicia que dio por fruto el conocido como Proyecto de Código de DIPr. de 2003). Es evidente que tales enfoques encierran mucho más que una mera opción formal, no sólo por la impotencia del Código para absorber todo el DIPr, sino también por la dependencia en cuanto a la interpretación de los conceptos utilizados. Las dos propuestas de legislación autónoma, sin embargo, no llegaban a unificar todo el DIPr, ya que no incluían el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. En realidad, la propuesta de Goldschmidt consistía en un proyecto de ley nacional de DIPr. y otro de ley de derecho internacional procesal (con reglas de reconocimiento) para la justicia federal, la de la Capital Federal y la de los territorios nacionales.

En esta oportunidad, el legislador (la palabra es usada en este Título en sentido amplio, incluyendo a la Comisión que preparó el Proyecto del Código) ha optado una vez más por no incluir el mencionado sector. Y la decisión ha sido totalmente deliberada ya que una versión anterior de este Título sí contenía una regulación al respecto. La razón invocada vuelve a ser la referida a las atribuciones provinciales, en una insistencia que no deja de ser curiosa a poco que se repare en que aquí se habla de las cuestiones “sustanciales” del reconocimiento de decisiones extranjeras (es decir que exceden con mucho el ámbito provincial) y no de las meramente procedimentales. Sin ir más lejos, el Código Civil sustituido contuvo desde su origen normas de jurisdicción internacional y el nuevo Código contiene además disposiciones “sustanciales” sobre igualdad de trato procesal, cooperación jurisdiccional y asistencia procesal internacional. Es por todo esto que se entiende que la Sección de DIPr. de la Asociación Argentina de Derecho Internacional haya adoptado un documento en septiembre de 2012 donde se llama la atención sobre la necesidad de incluir al sector del reconocimiento dentro de la reforma.

Ahora bien, aunque se hubiera incluido la regulación del reconocimiento, de cualquier modo el Título no contendría todo el DIPr. argentino de fuente interna. Como antes expresamos, se prefirió respetar el resultado del proceso de centrifugación de materias especiales. De este modo, no se encontrarán en este Código “unificado” disposiciones de DIPr. sobre sociedades, insolvencia, transportes, seguros ni propiedad intelectual, las que habrá que procurarse en las leyes especiales respectivas.

Una última observación tiene que ver con la organización del Título y algunas consecuencias de dicha organización. Más allá de los términos utilizados, lo cierto es que la regulación del DIPr. se presenta dividida en dos capítulos de disposiciones generales y un tercer capítulo, mucho

más extenso, de disposiciones especiales. Pero no hay que hacer mucho caso a los nombres dados a los dos primeros capítulos. En efecto, en el Capítulo 1, a excepción de la norma del art. 2594 que comporta la única disposición realmente general o "generalísima", se establecen exclusivamente los criterios generales para la aplicación de las normas de derecho aplicable; por su parte, resulta obvio que el Capítulo 2 no contiene únicamente normas de jurisdicción internacional. Más importantes que estas cuestiones, que aunque sean relevantes del punto de visto teórico no tienen mayor trascendencia práctica, pueden llegar a ser ciertas dificultades interpretativas provenientes de las relaciones entre las disposiciones generales y las especiales. El problema estriba en que muchas cuestiones contenidas en los dos primeros capítulos del Título se tratan también en las disposiciones especiales y no siempre de la misma manera. No menos importantes pueden llegar a ser las dificultades de interpretación y aplicación que eventualmente surgirán de las relaciones entre las normas contenidas en este Título con las del resto del Código, como se podrá ver en los comentarios sobre cada una de las secciones del Capítulo 3. En uno y otro caso, confiamos en que los jueces y tribunales sabrán ir perfilando una jurisprudencia tan clara como previsible, que será en definitiva la que justifique el esfuerzo de haber elaborado un nuevo Código Civil y Comercial.

En cualquier caso, la sistematización del derecho internacional privado argentino operada con el nuevo Código lo hace mucho más visible para todos los operadores jurídicos, de nuestro país y del extranjero, lo que es de por sí algo muy saludable. Aunque el producto final no sea el ideal, la posibilidad de contar con una sistematización era una vieja y legítima aspiración que no se podía dejar pasar.

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por PAULA MARÍA ALL Y JORGE R. ALBORNOZ

Bibliografía sobre la reforma: LERMAN, CELIA, "Las disposiciones generales de derecho internacional privado en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación: comentarios sobre continuidad, concisión y consenso", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 13-2, 2012, http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=8440&id_item_menu=5858.

Bibliografía clásica: Ver bibliografía general citada al comienzo del Título IV. FERMÉ, EDUARDO, "Derecho Internacional Privado. Convención Interamericana sobre Normas Generales", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice, t. V, Buenos Aires, 1987; FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. - ALL, PAULA MARÍA, "Proof of and information about foreign law - Argentina", *Reports of the Argentine Association of Comparative Law to the XIX Congress of the International Academy of Comparative Law*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Comparado, 2014, ps. 103-132; MÆCKELT, TATIANA B. de, "General Rules of Private International Law in the Americas", *Recueil des Cours*, t. 177, 1982-IV; NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "Fraude en el derecho internacional privado", *RDPC*, t. 4, 1993; id., "Orden público internacional y derechos fundamentales del niño", *LA LEY*, 1997-B-Sec. Doctrina, ps. 1436-1445; NAJURIETA, MARÍA SUSANA - NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, "Recent Private International Law Codifications", en *Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado al XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, 2010; PARRA ARANGUREN, GONZALO, "Fraude à la loi in Recent Codifications of Private International Law in the American Hemisphere", en *Intercontinental Cooperation Through Private International Law. Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2004; PERUGINI, ALICIA, "Pluralidad sucesoria y fraude a la ley en el derecho internacional privado argentino", ED, 95-185; PERUGINI, ALICIA - RAMAYO, R. A., "Constitución Nacional, derecho extranjero y orden público", *LA LEY*, 1978-D, 927; RAMAYO, R. A., "Aplicación del derecho extranjero en el ámbito de los Tratados de Montevideo de Derecho internacional privado", ED, 167-155; SOSA, GUALBERTO, "La prueba de las normas jurídicas y la reforma procesal", *LA LEY*, 132-1222.

♦ ♦ ♦

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

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía una norma similar. La fuente de la nueva disposición se encuentra en la Convención CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979), arts. 1º, 2º; asimismo, art. 2º del PCDIPr 2003.

II. COMENTARIO

1. Prelación de fuentes

Aun cuando el Código Civil sustituido nada decía al respecto, e incluso con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la CSJN en el caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (7/7/1992), basándose en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, reconoció la primacía de las normas contenidas en los tratados internacionales ante un eventual conflicto con cualquier disposición interna. Esta posición fue confirmada por el Máximo Tribunal en casos posteriores como, por ejemplo, "Fibrica Constructora c. Comisión Técnica de Salto Grande" (7/6/1993). La reforma constitucional de 1994 en el art. 75 inc. 22 otorga a los tratados y concordatos jerarquía superior a las leyes, al tiempo que se incorpora con rango constitucional la normativa internacional en materia de derechos humanos. De esta manera la reforma ratificó "el curso de una corriente que ya se había instalado en el derecho argentino" (Fernández Arroyo).

El art. 2594 describe la prelación de fuentes formales del DIPr argentino, como surge de la Convención CIDIP II, art. 1º, párrafo final. En primer lugar, el tribunal argentino debe constatar que está frente a un caso internacional, referido por esta norma como una "situación" vinculada con varios ordenamientos jurídicos nacionales.

2. Situación y relación

Tal vez hubiese sido mejor hablar de "relaciones jurídicas", o en todo caso, de "situaciones y relaciones" a menos que se otorgue a las primeras un significado tan amplio, que abarque no solamente la posición del su-

jeto en relación a los derechos y deberes que concentra en determinados tramos de su actividad, sino también el despliegue efectivo de sus conductas, activas y pasivas, en interacción con otros sujetos dentro de una relación social regulada por el derecho. "Situación" alude a estatus y, en todo caso, a función activa o pasiva de la persona física o jurídica dentro del entramado dinámico de la "relación" con otra u otras personas.

3. Caso. Objeto y fin del DIPr

Desde otro ángulo, resulta de utilidad teórica, práctica y hasta pedagógica, concebir a la situación o relación como si se encontrara en estado litigioso, es decir, como "caso" internacional, tanto para el legislador al elaborar las normas, cuanto para los particulares al estudiar el encuadre normativo de su actividad presente o futura. De allí que digamos que el objeto del DIPr está conformado por los casos internacionales, actuales o eventuales (Goldschmidt), y que el fin del DIPr sea lograr la realización de las soluciones justas de dichos casos mediante elección, creación o autolimitación (Boggiano).

4. Primero los tratados

Siendo el caso concreto objetivamente internacional, el juez argentino debe constatar si está comprendido en normas de un tratado o convención internacional vigente para nuestro país. Si es así, debe aplicar las normas del tratado, que tienen jerarquía superior a las leyes internas (art. 75, inc. 22, CN). De lo contrario, corresponde acudir a las normas para casos internacionales creadas por el legislador nacional (fuente interna o autónoma). Así por ejemplo, si está ante un caso sucesorio en que el causante muerto con último domicilio en Argentina deja bienes ubicados en Uruguay y Argentina, debe aplicar el TMDCI de 1940. Primero, ha de constatar si posee jurisdicción para entender en la causa. El art. 63 avala su jurisdicción (juez del lugar de situación de los bienes). Luego, verá que según el art. 44 y sigtes., debe aplicar derecho uruguayo a la sucesión de bienes situados en Uruguay, y derecho argentino a la sucesión de bienes situados en nuestro país.

5. Luego, la fuente interna

Si no resulta aplicable el mencionado tratado (o ningún otro, en cualquier tema) el tribunal local debe acudir al sistema de normas de DIPr de fuente interna. El art. 2643 del nuevo Código otorga jurisdicción internacional al juez argentino del domicilio del causante al tiempo de su muerte. Pero si se tratase de un causante muerto con domicilio en el extranjero que deja inmuebles en la Argentina, el juez competente respecto de la transmisión de esos inmuebles, es el argentino. Completando el ejemplo que estamos utilizando, el art. 2644 indica como aplicable el

derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento (igual solución que la del art. 3283, CCiv. sustituido), y el derecho argentino para inmuebles relictos situados en nuestro país (solución que no existía explícitamente consagrada, aunque era admitida por cierta doctrina y fallos que extendieron el art. 10 del CCiv. sustituido al ámbito sucesorio). Si, por ejemplo, el juez tiene un caso en el que el causante ha muerto con último domicilio en Argentina, dejando bienes en Venezuela, Brasil y Argentina, según el art. 2643 es competente el juez argentino por ser el juez del último domicilio del difunto, y en virtud del art. 2644 debe aplicar derecho sucesorio argentino (derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento).

6. Determinación y aplicación

En cuanto al texto de la norma, hubiésemos preferido que no se utilizase "se determinan", para los tratados, y "se aplican" para las normas de fuente interna, ya que en ambas hipótesis, de lo que se trata es de "aplicar" la norma que corresponda. En realidad, lo que se "determina" es si se debe encuadrar el caso en una fuente o en otra.

III. JURISPRUDENCIA

1. Los tratados internacionales y las leyes de la Nación integran el ordenamiento normativo interno de la República, y la consideración del punto es propia de los jueces nacionales. La fiscalización constitucional que en último término está encomendada a la Corte Suprema se basa en la jerarquía de aquéllos, tanto en el ámbito nacional como provincial (CSJN, 6/11/1963, LA LEY, 2004, 3).

2. En el caso, el Máximo Tribunal dispuso que "cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple (CSJN, 7/7/1992, LA LEY, 1992-C, 543).

3. La aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado, además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional, vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas. La obligación de respetar los convenios internacionales vigentes es una directiva implícitamente contenida en toda delegación legal, en atención a la obligación que pesa sobre los órganos del Estado argentino de evitar la transgresión de un tratado internacional (CSJN, 13/10/1994, LA LEY, 1995-D, 277).

4. En el caso, la Cámara sostuvo que "no corresponde transponer al plano internacional las normas de competencia territorial interna

—como parece pretender el recurrente— habida cuenta la vigencia de tratados sobre la materia y la superior jerarquía de esta fuente frente a las normas de fuente interna (art. 75, inc. 22, párr. 1º, CN) (CNFed. Civ. y Com., sala I, 26/10/2004, LA LEY, 2/3/2005, 16).

Art. 2595.— Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:

a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;

b) si existen varios sistemas jurídicos cointervinientes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;

c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cód. Civil sustituido estaba el art. 13, que distinguía dos situaciones: por un lado, la aplicación de las leyes extranjeras en casos autorizados por el Cód. Civil, la que no debía tener lugar sino a solicitud de parte interesada a cuyo cargo estaba la prueba de la existencia de dichas leyes; por otro, la aplicación de leyes extranjeras que se hicieran obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial. En este supuesto, cabía, aparentemente, la aplicación de oficio. La doctrina hacía grandes esfuerzos para interpretar como admisible en todos los casos la aplicación de oficio, acudiendo a diversos argumentos que incluían el art. 377 del CPCCN (Boggiano) en tanto permitía al juez investigar la existencia de la ley extranjera invocada por las partes y aplicarla.

Las fuentes del nuevo texto son el art. 2º del Protocolo Adicional a los TMDCI de 1889 y de 1940 y los arts. 2º y 9º de la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979).

II. COMENTARIO

1. El contenido del derecho extranjero

Este artículo trata algunas cuestiones vinculadas al funcionamiento de la norma de conflicto de leyes, cuando ésta indica como aplicable un derecho extranjero. El inc. a) comienza diciendo que el juez "establece" el contenido del derecho extranjero, aunque no es así; lo que puede hacer es constatar, averiguar, verificar, pero no establecer. A renglón seguido le impone la obligación de interpretarlo como lo harían los jueces del Estado extranjero, y agrega: "sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada", lo cual queda descontextuado, sin coherencia lógica con lo precedente. Diferente habría sido que la norma dijera que el juez aplica de oficio derecho extranjero, "sin perjuicio...". Además, la redacción no es muy prolija, porque empieza hablando del "derecho extranjero" y de inmediato refiere a él como "la ley invocada". Ciertamente es que "derecho" y "ley" se utilizan con el mismo significado, pero también lo es que debe haber cierta armonía en la utilización del vocabulario jurídico dentro de frases o párrafos contiguos. Lo que ocurre es que se incorporó casi textualmente el "sin perjuicio..." del art. 2º del Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, que comienzan afirmando la aplicación de oficio de la ley extranjera, y casi por completo el texto del art. 2º de la CIDIP II sobre Normas Generales que incurre en la incoherencia arriba apuntada.

2. Aplicación de oficio de la ley extranjera convocada por la norma de conflicto

En el nuevo Código no está expresamente consagrada la aplicación de oficio, pero cabe entender que no existe ningún impedimento para ello. En cuanto a la interpretación, lo que se ha hecho es incorporar el postulado central de la *foreign court theory* formulado también por la teoría del uso jurídico (Goldschmidt), aunque en la fuente utilizada (art. 2º, CIDIP II) se hace referencia a la aplicación y no a la interpretación. Es lógico que si se ordena la aplicación de una ley extranjera, el juez argentino lo haga imitando la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero si tuviera que fallar en el mismo caso (Goldschmidt).

Conforme a la teoría del uso jurídico, tratándose el derecho extranjero de un hecho notorio, ha de ser tomado en cuenta por el juez sin necesidad de invocación ni prueba por las partes. Esta posición fue sostenida

por la delegación argentina en la Segunda Conferencia especializada de derecho internacional privado. Así, el art. 2º de la Convención Interamericana Sobre Normas Generales de DIPr (CIDIP II) impone la obligación de los jueces y autoridades de los Estados partes de aplicar el derecho indicado por la norma de conflicto "tal como lo harían los jueces de Estado cuyo derecho resultara aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera", adoptando así la teoría del uso jurídico.

En el I Congreso de Derecho Civil (Córdoba, 1927) se llegó a la conclusión de que las leyes extranjeras debían ser aplicadas de oficio por los jueces, sin perjuicio de que las partes ininteresadas pudiesen coadyuvar a la prueba de su existencia. La doctrina también se ha manifestado en esta línea (Arguas, Lazcano, Roñero Del Prado, Vico, Calandrelli).

3. Derecho propio

Finaliza el primer inciso, diciendo que si el contenido del derecho extranjero no puede ser "establecido" (asumiendo que refiere a "conocido", "accedido", es decir, que no se puede llegar a él, lo que sería bastante raro en nuestros tiempos), se aplica el derecho argentino. Cabe aquí mencionar que desde siempre el DIPr brega por crear conciencia de que la obligación de aplicar el derecho extranjero indicado en la norma de conflicto puede exigir esfuerzos, y que no se la debe abandonar, salvo circunstancias excepcionales, como evitar la lesión de derechos por la excesiva dilación de un proceso. Por otra parte, un elemento que no está incorporado en la norma es que la imposibilidad de la determinación del contenido del derecho extranjero no debe afectar la obligación del tribunal de decidir el caso.

Ahora bien, si el contenido del derecho extranjero no pudiese ser establecido, antes que acudir directamente al derecho argentino por defecto, podría haberse establecido que se aplicaría el ordenamiento que presentara los vínculos más estrechos con el caso y, en última instancia, el derecho argentino. La regla de cierre establecida de acudir directamente al derecho argentino no tiene ninguna explicación lógica, sobre todo si se mira el art. 4º, que muestra que el sistema argentino de DIPr se basa en la idea de proximidad corregido por el orden público y las normas imperativas cuando sea pertinente. Por eso antes de la regla de cierre establecida por la norma, hubiese sido preferible acudir al criterio del ordenamiento más estrechamente vinculado que, en algunos casos, es fácilmente identificable (Fernández Arroyo).

4. Covigencia y vigencia sucesiva

El inc. b) trata la situación que puede darse cuando en el país cuya ley es indicada como aplicable por la norma de conflicto existe más de un

ordenamiento vigente (España, Suiza, Estados Unidos —por ejemplo—), o se ha producido una sucesión de derechos. Son dos problemas diferentes, que deben ser resueltos por el mismo derecho señalado en nuestra norma de conflicto. Allí puede haber normas “distribuidoras” de casos entre los derechos que rigen al mismo tiempo, y normas “transitorias” que mandan aplicar el viejo o el nuevo derecho. De no haberlas, debe aplicarse el derecho que ostente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate. No hay reglas al respecto, pero habrá que examinar en cada caso los vínculos y grados de proximidad que se aprecien, para tomar decisiones equitativas.

5. Aplicación conjunta. Adaptación

El ítem c) refiere a diversos supuestos en que concurren, sobre un mismo caso, normas provenientes de distintos derechos aplicables. Dice allí que esos derechos (esas normas, en realidad) deben ser armonizados mediante adaptación para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos. El texto está tomado del art. 9º de la CIDIP II sobre Normas Generales, enriquecido con el agregado de la adaptación, aunque sin incluir el último párrafo sobre la búsqueda de la equidad en el caso concreto, necesario desde nuestro punto de vista, para cerrar el círculo de lo que, más que aplicación armónica, es verdadera creación.

¿Cómo aplicar armónicamente normas inconciliables? Adaptándolas. Y para ello hay que producirles modificaciones que permitan hacerlas funcionar para lograr un resultado justo. Ahora bien, las normas “retocadas” no son —es obvio— las mismas que debían aplicarse; serán parecidas, cumplirán quizás las finalidades que sus textos originales persiguen, pero no son las mismas. Todas, en conjunto, funcionarán armónicamente dando una solución especial al caso en una sentencia que, en esencia, será una norma material individual (Boggiano).

III. JURISPRUDENCIA

1. Tal como se ha señalado en la jurisprudencia, “el *ius foráneo* constituye un hecho notorio, lo que no quiere decir que todo el mundo la tenga presente, sino una circunstancia sobre la que todos pueden informarse de modo auténtico y como tal hecho notorio, el juez debe tenerlo en cuenta oficiosamente, sin perjuicio de que las partes lo aleguen y que aporten todas las pruebas que estimen oportunas” (en este sentido véase el análisis del voto del Dr. Hitters en el fallo de la SCBA, 28/4/2004, LNL, 2004-18, 1318).

2. Si se efectúa un análisis jurisprudencial, fácilmente se advierte que en materia de aplicación y tratamiento procesal del derecho extranjero no es homogéneo ni armónico; es más, muchas veces —y en algunos

fueron más que en otros— las sentencias evidencian las posiciones contradictorias que existen en torno al tema. Desde una perspectiva general, la jurisprudencia argentina se muestra proclive a aplicar el derecho extranjero de oficio (entre otras, CCiv. Cap., 27/6/1941; CCiv. Cap., 8/5/1953; CNCiv., sala F, 4/8/1988; CNCom., sala E, 1988, sin perjuicio de algunas excepciones).

3. La CSJN, 7/3/2000, ED, 195-523, sostuvo la aplicación del derecho extranjero, aun cuando no se hubiera invocado ni probado. En su argumentación aludió al art. 2º de la CIDIP II sobre Normas Generales y a la teoría del uso jurídico.

4. Con motivo de la pesificación, la CNCom., sala A, en fecha 20/3/2007, señala que, “en primer lugar, debe precisarse, a todo evento, en relación a este último punto que, más allá de lo previsto por el art. 13 del Cód. Civil, conforme a lo dispuesto por el art. 377 del CPCCN ‘si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio’”. De este modo el tribunal termina aplicando de oficio el derecho extranjero de Nueva York a los temas pertinentes.

5. Ahora bien, más allá de las sentencias que aplican el derecho extranjero de oficio, también es verdad que existen muchos fallos que aplican de manera literal el art. 13 del Cód. Civil. En líneas generales, provienen de la justicia laboral, aunque existen sentencias también del fuero comercial.

Art. 2596.— Reenvío. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino.

Quando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El reenvío no estaba regulado en el Cód. Civil instituido, lo que había llevado a la doctrina a formular distintas posiciones, proponiendo directamente su rechazo (Kaller de Orchansky, Romero de Prado, Lezcano, Calandrelli), o recomendando recurrir a la “heterointegración” dado que el principio general de la aplicación integral del derecho extranjero no

existía en el derecho positivo y por lo tanto habría que recurrir al derecho natural que si lo exige" (Soto). Tratando de superar las críticas dirigidas al reenvío, Goldschmidt sostenía que la teoría del uso jurídico es "una forma correcta del reenvío" que permite arribar a los mismos resultados que la teoría de la referencia máxima sin caer en el efecto del ping-pong internacional".

En la mayoría de los casos en los que los tribunales argentinos aplican el derecho extranjero designado por la norma de conflicto del sistema de fuente interna argentino, se advierte la existencia de escasos precedentes en los que el problema del reenvío haya sido advertido o tratado. No puede aseverarse que no se consulten las normas de conflicto del sistema designado, pero tampoco que se lo haga. Todo parecería indicar que, en una gran parte de ellos, consciente o inconscientemente, se sigue la teoría de la referencia mínima y se entiende que la referencia al derecho extranjero es al derecho extranjero de fondo, evitando así las complicaciones que la institución podría ocasionar aun cuando se sacrifique la justicia de la solución, al menos en términos abstractos.

En parte la fuente del nuevo texto es el art. 10 del PCDiPr 2003.

II. COMENTARIO

1. La teoría del reenvío y sus complicaciones

El art. 2596 da una versión bastante particular del reenvío, institución que, por otra parte, no goza de gran aceptación en los últimos tiempos debido a las intrincadas combinaciones que puede generar, funcionando con altos niveles de subjetividad y, por tanto, de inseguridad. La teoría del reenvío propugna que en el ordenamiento aplicable según la norma de conflicto, lo primero que hay que ver son sus normas de Derecho Internacional Privado (no "también"—como señala la norma—, sino "antes que nada"), porque esas normas pueden indicar como aplicable un derecho distinto. Por ejemplo, si la norma de conflicto sucesoria argentina manda a aplicar la ley del último domicilio del causante y en ese país hay una norma de conflicto que manda aplicar la ley de la nacionalidad del difunto (ley de un tercer país), para cumplir con la primera (la del domicilio) se debe aplicar la segunda (la de la nacionalidad). Pero eso solamente puede ocurrir si el juez argentino constata que el juez extranjero del país al que lo envió la norma de conflicto argentina, aplicaría efectivamente la ley de la nacionalidad. Es decir que no es un procedimiento exacto que funciona automáticamente comparando norma contra norma. No es éste el lugar apropiado para entrar en los tortuosos caminos que pueden abrirse en esta materia, pero piénsese nomás en que, por ejemplo, la ley de la nacionalidad del difunto a la que hemos sido reen-

viados, contenga una norma de conflicto que designe como aplicable la ley del lugar de situación de los bienes (un cuarto país), caso en el cual el juez argentino debería verificar si el juez del país del último domicilio del causante seguiría la remisión de su derecho hacia la ley de la nacionalidad y si, "llegado ahí", se consideraría reenviado hacia la ley del lugar de situación de los bienes sucesorios. Porque, en definitiva, el meollo está en la imitación de la probable sentencia que dictaría el juez extranjero del país al que nos envía nuestra norma de conflicto. La redacción del primer párrafo del art. 2596 permite que se produzca un reenvío sin fin o un reenvío "ping-pong", lo cual no resulta deseable.

2. Reenvío impuesto

Llamativamente, el artículo comentado dispone que si el reenvío es hacia el derecho argentino, se aplica el derecho argentino. Pero esto no debe ser necesariamente así, ya que lo que debe hacerse es verificar qué derecho aplicaría el juez del país al que remite nuestra norma de conflicto. Sólo si su "respuesta" fuese que aplicaría derecho argentino, nuestro juez habría de hacerlo. Si, por el contrario, viera que el juez foráneo aplicaría su propio derecho interno, eso mismo debería hacer nuestro juez.

3. La teoría del uso jurídico

Toda esta cuestión del reenvío debe ser comprendida dentro del mandato de la teoría del uso jurídico presente en el art. 2595, inc. a), según la cual, nuestro juez debe ajustarse a la probable decisión que tomaría el juez extranjero si tuviese el caso en sus manos (Goldschmidt). La imitación de la sentencia que probablemente dictaría el juez extranjero, es el postulado central de la teoría que despliega Goldschmidt.

4. Autonomía mata reenvío

El último párrafo del artículo comentado aclara que cuando las partes eligen el derecho aplicable, se entiende que es el derecho interno de ese país, salvo que expresamente acuerden lo contrario. La misma regla aparece en la materia contractual —art. 2651, inc. b)—, remarcando que se excluyen las normas de conflicto de leyes del ordenamiento elegido. Es lógico que así ocurra, porque si las partes han pactado una ley determinada, hacer funcionar el reenvío les puede ubicar la relación en un derecho diferente, inesperado, ajeno a lo previsto. No alcanzamos a comprender por qué no se estableció esta regla para toda la materia patrimonial en la que fuera posible el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, aunque las partes no hubieran hecho uso de tal facultad de elección. Porque nada permite suponer que si se someten a la ley indicada en la norma de conflicto deban quedar sujetas al avatar de que,

por la intromisión del reenvío, la relación (probablemente contractual) quede instalada en un derecho nacional insospechado.

Hoy en día ya no se discute que en contratos internacionales, el derecho aplicable es el derecho interno, porque quedan excluidas las normas de conflicto (que integran la llamada *lex indirecta causae*), que son las que pueden mandar el caso hacia extraños confines. Así sucede en la CI-DIP V (México, 1994) sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, art. 17 (vigente sólo para México y Venezuela) y en los Reglamentos de la Unión Europea "Roma I" 593/2008 sobre ley aplicable a las relaciones contractuales, art. 20, y "Roma II" 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, art. 24.

III. JURISPRUDENCIA

1. Sin perjuicio de lo que se expone en relación con la aplicación del derecho extranjero, en la mayoría de los casos en los que los tribunales argentinos aplican el que resulta designado por la norma de conflicto del sistema de fuente interna argentino, se advierte la existencia de escasos precedentes en los que el problema del reenvío haya sido advertido o tratado. No podemos aseverar que no se consulten las normas de conflicto del sistema designado pero tampoco que se lo haga. Todo parecería indicar que, en una gran parte de ellos, consciente o inconscientemente, se sigue la teoría de la referencia mínima y se entiende que la referencia al derecho extranjero es al derecho extranjero de fondo, evitando así las complicaciones que la institución podría ocasionar aun cuando se sacrifique la justicia de la solución, al menos en términos abstractos.

2. Tal vez el primer caso en el que se haya advertido la problemática haya sido "Larangueira", caso en el cual se discutía la jurisdicción internacional en materia sucesoria pero en el cual el representante de los herederos había sostenido la aplicabilidad al caso del derecho brasileño. Uno de los jueces sostuvo que "la procedencia de la teoría del reenvío (...) es, en el momento actual, de solución prematura" (voto del Dr. Repetto) (C1ª Civ. Cap., 12/5/1920, JA-IV, 253).

3. Es la sentencia dictada en "Estudios Espíndola c. Bollatti, Cristóbal J." (uno de los pocos ejemplos de su empleo, en la cual se resolvió que "tratándose de un contrato celebrado en la República y a cumplirse en el extranjero, debe ser juzgado por las leyes del lugar de su cumplimiento, vale decir, las chilenas (art. 1210, Cód. Civil). (...) Remitiendo el DIPr argentino al derecho chileno, ha de averiguarse cuál es el derecho que éste considera competente para resolver la cuestión, pues ha de atenderse, en primer lugar, al contenido del derecho internacional privado chileno. Éste carece de norma específica con relación a contratos considerados en general. El art. 16 del Cód. Civil de ese país, cuya aplicación analógica

estimo procedente (a otra solución se arriba haciendo aplicación analógica de la regla convencional contenida en el CB), se refiere a los bienes sitos en Chile, a los que declara regidos por el derecho del lugar de su situación, sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño, pero sometiendo los efectos de los contratos a cumplirse en Chile a sus leyes. Debe entenderse que la ley chilena acepta el envío realizado por la ley argentina" (JNPaz nro. 46, 7/10/1969, ED, 33, 26). La decisión fue elogiada por considerar que la referencia al DIPr chileno "es la culminación más acabada del tratamiento respetuoso del derecho extranjero" (Boggiano).

Art. 2597.— Cláusula de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente.

Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cód. Civil sustituido no había ninguna disposición similar. Aunque con algunos matices, una de las fuentes es el Reglamento "Roma I" (CE) 593/2008 sobre ley aplicable a las relaciones contractuales, art. 4º.

II. COMENTARIO

El principio sobre el cual está edificada la norma de conflicto es el de sometimiento del caso al derecho nacional con el cual, razonablemente, presenta los vínculos más estrechos. Pero esta cláusula de excepción, tal como está formulada, siembra dudas sobre la razonabilidad de la elección hecha por el autor de la norma de conflicto. De un lado, se muestra como algo excepcional, como una eventualidad que, debido al conjunto de circunstancias de hecho del caso, permite ver que gravita hacia un derecho distinto, aunque previsible, y bajo cuyas reglas la relación se ha "establecido" válidamente. De otro, parece una especie de confesión del legislador, quien reconoce la falibilidad de su juicio cuando en abstracto valora la importancia de las vinculaciones del caso al momento de elaborar la norma general.

No parece que contribuya a la seguridad jurídica que el legislador admita que su elección se asienta en “lazos poco relevantes” del caso con el derecho elegido, sobre todo si el derecho que sustituye al elegido resulta de “aplicación previsible” y la relación se ha establecido en él. Ahora bien, podría pensarse en una relación creada bajo un ordenamiento y que, por una “mudanza”, se ha “establecido” en el ámbito de otro. Pero no está muy claro. Quizás si la norma no contuviera la frase “y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente”, la redacción sería más clara.

En el Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las relaciones contractuales, art. 4º, ap. 3º, figura una excepción parecida con respecto a una serie de contratos contenidos en el mismo art. 4º, aps. 1º y 2º. A su vez, el ap. 4º prevé la hipótesis más extrema de imposibilidad de ubicar el derecho aplicable, inclinándose por la ley del país con el cual el contrato presente los vínculos más estrechos. Sin embargo, nótese que en el Reglamento Roma I la excepción funciona sólo para casos contractuales, mientras que el art. 2597 funcionaría para todos los casos de DIPr.

En el párrafo final el art. 2597 se declara inaplicable cuando las partes han elegido el derecho aplicable. Se supone que tal elección debe ser válida, aunque la norma no lo diga. Ahora bien, tampoco está dicho si la excepción funciona a pedido de parte o puede el tribunal, de oficio, instalar el caso en un derecho diferente al previsto.

Art. 2598.— Fraude a ley. Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El fraude a la ley no se encontraba receptado de manera expresa en el Cód. Civil sustituido. El fraude se produce cuando las partes en una relación jurídica internacional manipulan, tergiversan los hechos para que el punto de conexión de la norma de conflicto conduzca hacia la ley que ellas pretenden resulte aplicable, en lugar de la que realmente correspondería. Como sostenía Goldschmidt, “el legislador es una persona bien educada y no suele mencionar el fraude; sin embargo, no por ello está ausente de su mente”. En este sentido, y más allá de que no existiera una disposición referente al tema, es ilógico permitir que las personas realicen conductas destinadas a evadir la aplicación del derecho querido por el legislador. Ya Alfonsín destacaba la generalizada repulsa al fraude a la ley por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, diciendo que la

misma se debía “a que la excepción ofrecía más inconvenientes prácticos que ventajas, a que fácilmente podía ser usada con torcida intención en perjuicio del *commercium* internacional, y a que carecía de fundamento jurídico satisfactorio”.

Una alusión a la prohibición del fraude a la ley la encontramos en los arts. 1207 y 1208 del Cód. Civil sustituido; ambas disposiciones declaraban la ineficacia en la Argentina de los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes argentinas y, viceversa, de los contratos celebrados en nuestro país para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera. En este último caso se recepcionaba la idea del fraude a la ley extranjera. Estas disposiciones se referían al fraude a la ley como violación oblicua o indirecta de las leyes, mediante maniobras evasivas de su cumplimiento.

II. COMENTARIO

La dificultad de incluir una referencia sobre fraude a la ley en la legislación reside en dos subjetividades: la de las partes —que es muy difícil de medir—, y la del juez —que queda habilitado para considerar como fraude lo que en realidad puede ser el ejercicio normal del derecho de una persona—. “La fórmula mágica según la cual habría fraude cuando existe una expansión espacial y una correlativa contracción temporal, puede, como máximo ser un simple índice pero nunca una regla mecánica de determinación del fraude” (Fernández Arroyo). En el fondo la cuestión pasa porque no se vulneren las normas internacionalmente imperativas ni el orden público internacional (argentino y puramente internacional), figuras que ya vienen reguladas en los artículos siguientes (2599 y 2600) del Código. Si no hay tal vulneración, el fraude deviene aparente y, por lo tanto, no sancionable. Dicho de otro modo, la aplicación de un derecho o de otro es perfectamente intercambiable, salvo que existan principios de orden público de por medio o normas internacionalmente imperativas, que son aquellas normas que no se ven afectadas por el juego normal del método indirecto por estar imbuidas de una carga de orden público.

III. JURISPRUDENCIA

1. En el caso se debatió el problema que suscitaban los matrimonios celebrados en el extranjero, cuando subsistía uno anterior contraído en la República Argentina, en relación con los derechos que acordaban las leyes de previsión social. Cabe aclarar que esto se daba en un contexto en el que estaba vigente la ley de matrimonio civil 2393 —hoy derogada—, que consagraba la indisolubilidad del vínculo. La Corte sostiene que la actora realizó a sabiendas un acto en abierto fraude contra la ley argen-

tina, por lo que mal puede ampararse en el mismo para asumir, a los efectos previsionales, el carácter de viuda de su segundo esposo (CSJN, 12/5/1969, 969-III, 495 con nota de W. Goldschmidt).

2. Numerosas sentencias posteriores siguieron el criterio sentado en "Rosas de Egea" (entre otras, CSJN, 5/12/1969, "González de Ruggeri, Elisa"; CSJN, 10/12/1969, "Hermida, Antonio, F.", CCiv. Cap., sala C, 12/2/1970, "María Ofelia Pérez", CNCiv., en plenn, 8/11/1973, "Martínez González de Zanutti, suc.") en el sentido de que no resultaba necesario para privar de eficacia a la partida de matrimonio extranjero contraído con impedimento de ligamen en fraude a la ley, la promoción de la acción de nulidad prevista en la ley de matrimonio civil 2393.

3. Pueden marcarse, a partir del fallo "Rosas de Egea" dos etapas en los criterios sustentados por la CSJN que coinciden, justamente, con la integración del Máximo Tribunal.

4. Así, con la composición de la CSJN en 1973 se inicia una primera etapa que se ve plasmada en sentencias tales como las pronunciadas en 26/12/1974 en "Pizzorno, Carlos M." (LA LEY, 1975-B, ps. 574 sigtes.), 8/5/1975, "Sanmartino de Weskamp, Aída (ED, 61-242 y sigtes.), 4/11/1975, "Mejía Claudio" (ED, 66-484 y sigtes. y LL, 1976-C, 106). Por primera vez se desvincula la pensión del derecho de familia y se transforma en una institución exclusivamente previsional. Con la nueva integración de la Corte en 1976, ésta rechaza la doctrina del tribunal en su anterior composición y vuelve a los principios sentados en "Rosas de Egea" y entiende que el concepto de viuda implica necesariamente la preexistencia de un vínculo matrimonial reconocido por la ley, por lo cual no tiene tal carácter la cónyuge superviviente de un matrimonio *in fraudem legis*. Esta posición se expuso en los casos "Fernández, Aída G." del 27/7/1976 (LA LEY, 1976-D, 100 y sigtes.) y "Billoch de Espinosa Viale, Emma de", de fecha 21/9/1976 (JA, 1976-IV-437 y sigtes.).

5. Se juzgó que el matrimonio fue celebrado en fraude de la legislación argentina, pues la señora W. no tenía en ese momento aptitud nupcial por haberse casado con anterioridad en nuestro país, contando con sentencia de divorcio en los términos de la ley 2393, norma por la que no (...) se disolvía el vínculo configurándose así el impedimento del art. 166, inc. 6º del Cód. Civil (CNCiv., sala K, 4/7/2005, LA LEY del 25/6/2007).

6. Aquí el tribunal aplicó la teoría del fraude a la ley, el cual se pone en evidencia al abandonar el domicilio y la nacionalidad argentina, pretendiendo sustituirlos por el domicilio y la nacionalidad austriaca, la finalidad era eludir las normas argentinas sobre la legítima de los herederos forzosos, que son de orden público (Hooft). A juicio del tribunal, las constancias examinadas precedentemente permiten concluir que el causante pretendía conseguir mediante el cambio de nacionalidad y de

domicilio, colocarse bajo un régimen jurídico sucesorio más ventajoso para determinadas personas en perjuicio de otras, con lo cual procuraba también privar de imperatividad a las leyes argentinas. La Cámara declaró la competencia del juez argentino y consideró que la sucesión debía regirse también por derecho sucesorio argentino. La Corte Suprema de Justicia confirmó este pronunciamiento (CNCiv., sala C, 30/3/1981, ED, 95-185 con nota de A. Perugini de Paz y Geuse).

7. El actor estima que se ha efectuado un fraude a la ley laboral y que ellos se ha visto posibilitado, entre otras cosas, por tener el buque un típico pabellón de conveniencia (CNTrab., sala VII, 6/5/2004, El Dial, 28/6/2004).

Art. 2599.— Normas internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes.

Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil sustituido no contenía una disposición general sobre normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata. Sin embargo, el art. 1208 del Cód. Civil sustituido habilitaba en jurisdicción argentina a aplicar normas de policía extranjeras que las partes hubiesen pretendido evadir mediante la autonomía conflictual o material.

II. COMENTARIO

Este artículo busca mostrar la existencia de normas que excluyen toda posibilidad de aplicar un derecho extranjero, sea elegido por las partes o elegido por el legislador en la norma de conflicto. Son defensas o resguardos que cada ordenamiento jurídico construye para evitar que dentro del territorio propio se realicen soluciones que perturben determinados principios estructurales sobre los que está edificado. Son normas especiales, excepcionales, que en vez de controlar el encuadre de

una solución en los propios principios de orden público (cláusula de reserva), optan por vetar apriorísticamente cualquier solución que no sea basada en sus principales convicciones jurídicas.

Los casos iusprivatistas internacionales están regulados por normas de conflicto (indirectas) y normas materiales (directas) elaboradas por cada sistema jurídico nacional (fuente normativa interna), o contenidas en tratados internacionales (fuente internacional convencional, que prevalece sobre la fuente interna). Dentro de cada fuente las normas generales (con vocación para regir todos los casos) son las normas de conflicto de leyes, mientras que las normas materiales son normas especiales, excepcionales que excluyen a las de conflicto. Todo eso es derecho oficial. También hay derecho no oficial compuesto por las condiciones pactadas por los particulares en sus actos jurídicos formando reglas de obligatorio cumplimiento. Estas reglas son de naturaleza material o conflictual y poseen fuerza vinculante en la medida en que se las otorga el derecho oficial. Hay ámbitos en los que las posibilidades de creación son muy estrechas (contenido de un testamento, estatuto societario, concordato de acreedores) y ámbitos en los que se otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes (contratos internacionales) permitiéndoles que elijan de común acuerdo la ley nacional que pretenden se les aplique (al hacerlo, están creando una norma de conflicto individual para ese contrato), que elaboren minuciosamente las reglas internas del contrato, las que pueden contradecir válidamente a las normas coactivas (imperativas) internas del ordenamiento aplicable, y hasta autorizándolas a designar el tribunal ante el cual habrán de dirimir sus eventuales controversias (prórroga de jurisdicción internacional a favor de jueces o árbitros extranjeros).

Fuera también del derecho oficial, y más precisamente en el ámbito contractual comercial, se encuentra una enorme cantidad de reglas surgidas de la práctica reiterada en la contratación internacional, recopiladas, reelaboradas y publicadas por organizaciones de comerciantes e instituciones que trabajan por la unificación del derecho. Cuando estas reglas se incorporan a los contratos, adquieren toda la fuerza jurídica de cada una de sus cláusulas ya que, en definitiva, su justificación se halla en la propia autonomía de la voluntad que el derecho oficial concede a los particulares. La incorporación al contrato puede ser expresa, mediante acuerdo de partes (por ejemplo, haciendo referencia a algún INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional), pero también pueden aplicarse a contratos en que las partes nada hayan acordado al respecto, como ocurre en los casos de existencia de usos "ampliamente conocidos y regularmente observados en los contratos del mismo tipo" (según el art. 9.2 de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías).

Nada de esto puede darse frente a una norma internacionalmente imperativa del derecho argentino, que nuestro juez está obligado a aplicar haciéndola prevalecer sobre la norma de conflicto general, sobre la autonomía de la voluntad particular, y sobre cualquier uso o práctica comercial. Estas normas reciben distintos nombres atendiendo a sus características (normas de policía, normas de aplicación inmediata, etc.) y sólo podrían no aplicarse cuando estuvieran contradichas en un tratado internacional.

La segunda parte del artículo significa que "deben" respetarse las normas de esta categoría pertenecientes al derecho extranjero aplicable, y que "puede" reconocérseles efectos cuando pertenezcan a "terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso". La dudosa redacción no impide ver la idea de "facultad" para aplicar normas de policía extranjeras por nuestros jueces. La idea de "cuando intereses legítimos lo exijan" será algo que quedará a consideración del juez (aquellos de que "no se debe legislar normas de policía indeterminadas). Si a pesar de ello se las legislara voluntariamente para delegar en los jueces su ulterior precisión, se ha de tener presente que la precisión judicial debe guiarse siempre por el criterio de adecuación a las circunstancias del caso. La equidad es el criterio de precisión" (Boggiano).

Aunque el art. 2599 no lo mencione, debe entenderse que las normas internacionalmente imperativas del derecho extranjero no serán aplicables cuando colisionen con normas internacionalmente imperativas del derecho argentino.

III. JURISPRUDENCIA

1. En el caso se sostuvo que "las normas de derecho extranjero puedan ser desplazadas en nuestro país por el juego de las normas de policía emanadas de leyes de emergencia económica (arg. art. 14, inc. 1º, del Cód. Civil) (CNCom., sala D, 19/11/2008, La Ley Online, AR/JUR/14326/2008).

2. El tribunal señaló que "el dec. 410/2002 contiene normas de policía, de carácter exclusivo y excluyente de toda otra disposición, normas materiales y previsiones específicas para casos especiales de comercio exterior. Señálase por lo demás, que las normas de policía no se identifican necesariamente con disposiciones de orden público, y si bien muchas veces representan intereses de este tipo, ello no siempre ocurre así. Estrictamente, las normas de policía tutelan intereses de orden social, político o económico que el Estado se encuentra especialmente interesado en proteger (conf. Boggiano, Antonio). En el caso es claro, por una parte, el marco imperativo del propio decreto cuando dispone la pesificación y, por otro, que el interés superior comprometido en preservar

la estabilidad y seguridad del comercio internacional ha consagrado, en normas específicas, excepciones para las operaciones de comercio exterior, de neto corte, evitando exportar las consecuencias críticas de la situación de emergencia afrontadas por la economía interna, a los casos expresamente previstos, de esa naturaleza" (CNCom., sala A, 29/12/2008, La Ley Online, AR/JUR/24630/2008). En el mismo sentido se expidió la CNCom., sala A, 15/7/2008, La Ley Online, AR/JUR/10248/2008).

3. Las normas de derecho extranjero pueden ser desplazadas en nuestro país por el juego de las normas de policía emanadas de leyes de emergencia económica (arg. art. 14, inc. 1º, del Código Civil) (CNCom., sala D, 19/12/2007, La Ley Online, AR/JUR/10338/2007). En el mismo sentido se pronunció la CNCom., sala D, 19/12/2007, La Ley Online, AR/JUR/10793/2007.

4. El tribunal, con cita de Boggiano, señala que la norma de policía de DIPr es "la norma que autolimita exclusivamente la aplicabilidad del derecho nacional a un caso multinacional. Tal autolimitación se produce mediante la exclusiva referencia a circunstancias que vinculan el caso al derecho nacional propio". (...) "La eventual aplicabilidad de un derecho extranjero queda excluida, así como la voluntad de las partes. Estas normas son exclusivas porque excluyen toda otra regulación de la materia. Los fundamentos que pueden justificar tal exclusivismo del derecho material propio radican en la consideración del carácter insustituible de ciertas normas materiales internas para proteger determinados intereses nacionales" (CNCom., sala A, 18/4/2006, LA LEY, 2006-D, 369).

5. Las normas de policía no constituyen ningún límite al principio de extraterritorialidad sino, directamente, implican la exclusión del derecho extranjero (CNCom., sala A, 13/11/2002, La Ley Online, AR/JUR/6753/2002).

Art. 2600.— Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cód. Civil sustituido el art. 14 consagraba la cláusula general de orden público del ordenamiento argentino.

II. COMENTARIO

Las normas de conflicto de leyes parten de la base de que las relaciones y situaciones jurídicas vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales ("casos internacionales") pueden resultar sometidas, según la elección que haga el legislador, a la regulación del derecho privado propio o de un derecho extranjero. Pero la aplicación de un derecho privado extranjero dentro del propio territorio (extraterritorialidad del derecho privado extranjero), no es incondicional. Cada derecho nacional se reserva la potestad de rechazar la aplicación por sus jueces de normas foráneas cuando los resultados a que conducen no son compatibles con las pautas estructurales de su sistema, los principios básicos sobre los que está edificado el ordenamiento propio. Se trata del resguardo que cada derecho adopta procurando evitar soluciones extrañas, incompatibles con su ideología jurídica. De allí que se diga que toda norma de conflicto, lleva ínsita la cláusula de reserva (o cláusula general de orden público) que filtra las soluciones basadas en normas no nacionales, permitiendo aceptar o rechazar su aplicación.

Desaparecido el art. 14 Cód. Civil sustituido, entra en su lugar el art. 2600, que opta por una fórmula genérica que manda a excluir las disposiciones de derecho extranjero aplicables cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. Se consagra, de esta forma, la nueva cláusula general de orden público del ordenamiento jurídico argentino, abarcando a todos los supuestos en que un tribunal argentino deba aplicar derecho extranjero.

En este tema nos parece necesario señalar algunas cosas. En primer lugar, el cuidado que se debe tener para no confundir orden público interno con orden público internacional. En segundo lugar, que los principios del orden público propio permiten no solamente excluir disposiciones de derecho extranjero aplicable (convocado por una norma de conflicto de fuente interna o de fuente convencional), sino también derecho extranjero aplicado por un tribunal extranjero en una sentencia cuyo reconocimiento se pide en nuestro país y cláusulas contractuales creadas por las partes. En tercer lugar, que la norma comentada no menciona la posibilidad de que el juez argentino intente la adaptación de la norma extranjera para hacerla compatible con los principios argentinos.

Respecto de la primera cuestión, debe tenerse en cuenta que para las relaciones jurídicas meramente internas el orden público está conformado por todas las normas que las partes no pueden derogar (normas coactivas o imperativas de derecho interno). En ese ámbito, los particulares pueden contradecir solamente las normas supletorias o dispositivas. En las relaciones internacionales, las normas coactivas se convier-

ten en dispositivas. Piénsese que cuando la norma de conflicto manda a aplicar un derecho extranjero, está dejando de lado al derecho argentino "por completo", es decir, con sus normas coactivas y dispositivas, colocando en su lugar otro derecho con sus propias normas coactivas y dispositivas. De entrada, entonces, vemos que las normas coactivas son sustituibles, lo que no puede ocurrir en el ámbito interno. A su vez, en la materia contractual el ordenamiento permite a las partes designar de común acuerdo el derecho que desean se les aplique; es decir, que la sustitución completa del derecho propio se deja en manos de los particulares. Y si los particulares pueden dejar sin efecto un derecho "entero", con más razón pueden reemplazar normas puntuales del derecho aplicable (quien puede lo más, puede lo menos). Estamos, en tal caso, en el ámbito de la autonomía de la voluntad conflictual y material (Boggiano).

Respecto de la segunda cuestión, el control de orden público se ejerce sobre toda norma de derecho extranjero que deba aplicar el tribunal argentino, sea del derecho elegido por el legislador nacional en la norma de conflicto, del derecho convocado por una norma de conflicto convencional (tratado) o perteneciente a un derecho elegido por las partes en un contrato, como también sobre las normas materiales incorporadas como cláusulas en los contratos, sean o no derogatorias de normas del derecho interno aplicable. Pero también, el orden público ha de utilizarse para controlar el contenido material de la sentencia extranjera que se presenta a reconocimiento ante un tribunal argentino.

Siempre, en todos los casos, la evaluación se lleva a cabo desde los principios fundamentales de cada institución jurídica (por ejemplo, el principio de prescriptibilidad de los créditos, que permite admitir plazos de prescripción diferentes a los de nuestras normas coactivas, aunque razonables). El control basado en principios, es *a posteriori* (Goldschmidt); primero se estudia la solución propuesta por la norma analizada y se la evalúa con el principio que corresponda, lo cual no es una tarea de precisión aritmética, sino que requiere tener en claro cuál es el principio (a veces no evidente) y apreciar su eventual vulneración. Así, un plazo de prescripción mayor que el que fija una norma argentina para el mismo crédito puede ser considerado compatible con el principio básico; pero si el plazo es irrazonablemente extenso, probablemente será rechazado, aunque no por ser distinto al argentino, sino por vulnerar el principio en el que se basa el plazo argentino. Vale señalar que también existe un modo distinto de resguardar determinados principios del derecho nacional, mediante el descarte *a priori* de toda regulación foránea mediante normas internacionalmente imperativas exclusivas y excluyentes, de aplicación inmediata que prescriben soluciones inderogables protegiendo determinados principios. Son normas intolerantes de cualquier regulación diferente, por lo que no cabe el examen ni la valoración de la norma foránea. Sólo digamos que son reglas excepcionales que deben

ser interpretadas restrictivamente para no ahogar las reglas generales (Boggiano).

La tercera cuestión tiene relación con la posibilidad de no abandonar automáticamente el derecho extranjero cuya norma conduce a una solución considerada violatoria de un principio de orden público internacional argentino, sino intentar su adaptación para compatibilizarla o, incluso, buscar en el derecho extranjero una norma que regule un caso análogo y contenga una solución aceptable para el ordenamiento convocante (Fresnedo de Aguirre).

III. JURISPRUDENCIA

1. El tribunal, citando a Pardo, señala que el orden público consiste en "el conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local, que se encuentran en estado subyacente y surgen como freno al derecho extranjero que pueda distorsionarlos. Este es el sistema adoptado por nuestra legislación, que autoriza al magistrado, antes de aplicar el derecho foráneo, a declarar si es o no idóneo para regular la situación jurídica, sin conculcar los principios generales que surgen del ordenamiento local". (...) "La imitación del uso jurídico extranjero conectado por la norma de conflicto argentina no es incondicional. Los jueces argentinos lo imitan a condición de que respete 'el espíritu de la legislación' de nuestro país (art. 14, inc. 28, Cód. Civil). Los principios de derecho argentino actúan como 'cláusula de reserva' frente a las soluciones de derecho extranjero. Tal cláusula de reserva (Zitelmann) hace excepción a la aplicación del derecho extranjero, funcionando como característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto (Goldschmidt). Ello significa que si se ofende tal cláusula, que sintetiza los principios del derecho argentino, la proyectada imitación del uso jurídico foráneo no se actualiza (Boggiano)" (CNCCom., sala E, 20/9/2004, LA LEY, 2005-B, 21).

2. En el caso, con cita de Battifol-Lagarde, se señala que "el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un Estado determinado" (CNCiv., sala G, 21/9/2001, LA LEY, 2002-A, 630).

3. El tribunal sostiene que "el orden público internacional no es un conjunto de disposiciones, sino de principios subyacentes y se manifiesta a través de las normas imperativas, que regulan intereses generales de la comunidad" (CNCiv., sala C, 14/12/1982, LA LEY, 1983-C, 122, con nota de Werner Goldschmidt).

CAPÍTULO 2

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Por DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

Bibliografía clásica: Ver bibliografía general citada al comienzo del Título IV. ARGERICH, GUILLERMO, "El arraigo y su supresión por los Tratados Internacionales", *Doctrina Jurídica*, t. II, 1996, p. 633; FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., "Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana", *Curso de Derecho Internacional* (Comité Jurídico Interamericano —OEA—), vol. XXXIII (2006), OEA, Washington DC, 2007, ps. 293-325; *id.*, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *Recueil des Cours*, t. 323, 2006, ps. 9-260; FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. - ALL, PAULA, "Reglamentación y práctica del derecho procesal civil internacional en la República Argentina", en *Derecho Procesal Civil Internacional. In Memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, ps. 651-694; FEUILLADE, MILTON, *Competencia internacional civil y comercial*, Ábaco, Depalma, 2004; OYARZÁBAL, MARIO J.A. (coord.), *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Prof. Dr. Gualberto Lucas Sosa*, Ábaco, Buenos Aires, 2012; RADZYMSKY, ALEJANDRO, "Las cláusulas de elección de foro insertas en contratos internacionales", ED, 150-309; UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones sobre temas de derecho procesal internacional", LA LEY, 1998-E, 1077; *id.*, RDCO, 1988, p. 973.

Art. 2601.— Fuentes de jurisdicción. La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía una norma general sobre fuentes de jurisdicción. La primacía de los tratados internacionales, además de estar ordenada claramente por la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) y

haber sido reiterada muchas veces por la jurisprudencia, ya está prevista en el art. 2594, que abre el Título dedicado al DIPr como disposición "generalísima". A ese respecto, por lo tanto, nos remitimos al comentario a dicha norma. La eficacia de la autonomía de la voluntad de las partes para descartar la jurisdicción de los tribunales argentinos se precisa y desarrolla en el art. 2605, a cuyo comentario nos remitimos en lo pertinente.

La referencia a la primacía de los tratados internacionales sobre las normas de la dimensión autónoma del sistema de DIPr es común en el Derecho Comparado.

II. COMENTARIO

1. Relevancia

El art. 2601 constituye una simple guía para quienes no tengan un conocimiento suficiente del sistema de DIPr argentino. Sin embargo, parece evidente que su ausencia no cambiaría en ningún caso la resolución que puede esperarse de un juez argentino ante un caso concreto. En efecto, aunque esta norma no existiera, en razón del mencionado mandato constitucional, dicho juez sólo podría aplicar las normas de jurisdicción de fuente interna en defecto de norma de fuente internacional aplicable. Tampoco agrega mucho la referencia al acuerdo de las partes, que está, como también se dijo, previsto en una norma específica. Si alguna utilidad debe encontrarse al precepto en cuestión, considerando que es improbable que el legislador lo hubiera adoptado de otro modo, la misma tal vez radique en la última frase, la cual vendría a recordar el carácter incompleto de la reglamentación de la jurisdicción internacional contenida en el Código. A pesar de ello, al señalar que la jurisdicción se atribuye conforme a las reglas enunciadas, la norma también nos estaría diciendo que los jueces argentinos no pueden asumir jurisdicción fuera de los casos previstos en ellas.

2. Tratados internacionales conteniendo normas de jurisdicción

La dimensión internacional del sistema argentino de DIPr contiene muchas más normas de jurisdicción internacional que las que habitualmente se supone. Todas ellas se benefician de la consideración prioritaria respecto de las normas de fuente interna reconocida en general al Derecho Internacional por el ordenamiento jurídico argentino. Por tal razón, antes de dar por resuelta la pregunta de la eventual competencia de los tribunales argentinos en un caso determinado, será menester indagar si en dicho caso no resulta de aplicación alguna norma de jurisdicción prevista en un instrumento internacional.

En ese sentido, es habitual recordar los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, cuyos respectivos arts. 56,

establecen criterios generales (es decir, que son aplicables con independencia de la materia concreta afectada) para determinar el juez competente en los casos vinculados con Estados partes de los mismos. Lo que no parece tenerse tan presente es que, por un lado, los Tratados de Montevideo se han aplicado algunas veces por vía de analogía a supuestos en los cuales no eran estrictamente de aplicación, y, por otro lado, que existe una extensa lista de normas de jurisdicción sobre variadas materias diseminadas en varios de ellos y no sólo en los referidos a cuestiones civiles. Del mismo modo, varias de las convenciones interamericanas adoptadas por la OEA en el marco de la CIDIP que están en vigor en Argentina contienen normas de jurisdicción especiales. También aparecen este tipo de normas en convenciones multilaterales de vocación universal en vigor en Argentina, como las relativas a diferentes cuestiones de responsabilidad, transporte o bienes culturales. En la normativa de DIPr emanada del Mercosur, además de las reglas específicas presentes en los instrumentos relativos a accidentes de circulación, arbitraje o medidas cautelares, existe un texto monográficamente dedicado a la determinación de la jurisdicción en materia contractual, conocido como Protocolo de Buenos Aires (1994), susceptible de aplicación a casos no estrictamente mercosureños.

3. Normas de jurisdicción en el Código y en leyes especiales

La referencia final del art. 2601 sirve para llamar la atención sobre la existencia, actual y eventualmente futura, de normas de jurisdicción fuera del Código. Es lo que sucede, por ejemplo, en materia de concursos y quiebras, en la cual los criterios y el alcance de la jurisdicción de los jueces argentinos están contenidos en la ley 24522. En cualquier caso, el título del presente Capítulo no debe llamar a engaño. Bajo "Jurisdicción internacional", lo que se encuentra son las disposiciones generales de este sector del DIPr, junto a disposiciones igualmente generales referidas a la cooperación internacional de autoridades. Las normas de jurisdicción específicas de cada materia se localizan, además de en leyes especiales, en el extenso capítulo siguiente, que se ocupa de la "Parte especial". Es preciso aclarar, no obstante, que los foros de jurisdicción exclusiva establecidos en el art. 2609 son, por su naturaleza, especiales por razón de materia.

4. Redacción de las normas de jurisdicción

Cabe consignar en este punto que en la redacción de las normas de jurisdicción especiales (con excepción de la referida a la adopción del art. 2635), al igual que en las disposiciones generales de los arts. 2606 a 2608, el legislador ha optado deliberadamente por una redacción multilateral (habitualmente mencionada como "bilateral") en lugar de limitarse a determinar en qué casos y circunstancias son competentes los tribunales argentinos (formulación unilateral). La opción seguida no

debe llamar a engaño: aunque en el sistema argentino de jurisdicción internacional se establezca que son competentes en materia de unión convivencial los jueces del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado (art. 2627), tal precepto sólo obliga a los jueces argentinos, y si en un caso concreto los lugares indicados se encuentran, por ejemplo, en Venezuela, el juez venezolano será competente o no según lo que digan sus normas de jurisdicción internacional y no por el mandato contenido en las normas argentinas. Esto es así porque siendo la jurisdicción una cuestión en la que está implicado el ejercicio de una de las funciones esenciales del Estado, resulta impensable que un juez pueda considerarse competente en función de lo que establezcan las normas de jurisdicción vigentes en otros Estados y no en el suyo. Cosa bien distinta es que dicho juez pueda tomar en consideración las normas de jurisdicción extranjeras para modular su actividad en determinadas circunstancias, como pueden ser las que se dan cuando se presenta una demanda ante él en un supuesto en el cual el ordenamiento extranjero prevé la jurisdicción exclusiva de sus jueces y tribunales, o en situaciones de litispendencia internacional. Pero aun en cualquiera de esos casos son las normas del sistema del juez las que le dicen si es competente o no.

Así las cosas, como reconoce Uzal, lo que en realidad está buscando el legislador con la formulación multilateral de las normas de jurisdicción es que éstas sean a un mismo tiempo normas de jurisdicción directa y de jurisdicción indirecta (es decir, normas que sirven para determinar si el juez extranjero que ha dictado una sentencia que se quiere reconocer en Argentina era competente). Pero éstas, como es de sobra conocido, no son, pese a su nombre, normas de jurisdicción sino condiciones para el reconocimiento, sector que ha sido excluido del Código. Otorgarle, pues, esa función a las normas de jurisdicción del Código mediante la utilización de la formulación multilateral implicaría trampear esa exclusión deliberadamente decidida por el legislador. En consecuencia, pese a la redacción que se les ha dado, las normas de jurisdicción presentes en el Código sólo admiten una lectura unilateral, esto es, para justificar la competencia de los tribunales argentinos. La multilateralización buscada por el legislador respecto de las reglas del Código ya está, por otro lado, prevista en el art. 517 CPCCN, con lo cual, además de todo, es innecesaria. Lo peor no sería eso, sino la insistencia en mantener la insana tradición de la aplicación de los criterios de jurisdicción argentinos a la hora de evaluar la competencia del juez extranjero que ha dictado la sentencia que se pretende reconocer o ejecutar en nuestro país. Según dicha tradición, los únicos foros de jurisdicción válidos en el mundo entero son los que fija nuestro legislador. ¿Qué es lo que se está buscando proteger con tal imposición universal de nuestros criterios de competencia? Si el juez extranjero ha sido competente según un criterio razonable previsto o no en una norma vigente en su ordenamiento, la negación mecánica de efectos en Argentina a la

decisión dictada por él por el simple hecho de que ese criterio no coincida estrictamente con los nuestros puede conducir a situaciones indeseables, cuando no directamente injustas. Para proteger las esencias de nuestro ordenamiento ya tenemos el orden público, las jurisdicciones exclusivas y las demás condiciones del reconocimiento (estas últimas previstas en cada Código procesal). Lo fundamental es que la competencia asumida por el juez extranjero sea compatible con los "principios" de la legislación argentina (como se señala sabiamente en el art. 53.4 de la ley venezolana de DIPr) y no que se encuadre estrictamente en nuestras normas. Si la decisión extranjera no vulnera esos principios, cabe preguntarse hasta qué punto el criterio seguido es compatible con el derecho humano a una tutela judicial efectiva.

Por si todo lo anterior no fuera concluyente, cabe llamar la atención sobre los criterios de jurisdicción que están redactados de forma unilateral, por ejemplo, el foro de necesidad (art. 2602). ¿Supone acaso el legislador que dicha redacción obsta a la ejecución de una sentencia extranjera en Argentina adoptada sobre la base de dicho criterio?

Es cierto, desde luego, que la "solución" tradicional argentina coincide con la dada por la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial (CIDIP II) y por el Protocolo de Las Leñas, además de las convenciones bilaterales entre Brasil y Argentina, y Brasil y Uruguay, ambos de 1991. Pero tampoco puede ignorarse que no coincide con ninguna de las soluciones modernas en boga en América latina: CFPC de México (arts. 564 y 571.II), Código General del Proceso de Uruguay (539.1, nro. 4), ley venezolana de DIPr (art. 53.4), Cód. Civil peruano (art. 2104.2), etc. En este contexto, y en coherencia con la lógica que ha llevado a la abstención de incluir normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en el Código, las normas de jurisdicción del Código no deberán utilizarse para evaluar la competencia de los jueces extranjeros. El hecho de que en esta oportunidad se haya optado por no disciplinar el reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras no quiere decir que eso no pueda hacerse en un futuro próximo, ya sea por una ley federal o por la modernización de los Códigos Procesales. En uno u otro caso el criterio de jurisdicción indirecta debería cambiar (de hecho, en las normas de reconocimiento de un primer borrador de la Comisión el criterio de la bilateralización de las propias normas era abandonado) y, de ser así, la redacción multilateral de las normas de jurisdicción y su consecuente pretendida función indirecta sólo servirán para causar problemas al intérprete poco avisado.

III. JURISPRUDENCIA

1. La Cámara sostiene que "la jurisdicción internacional es el poder que tiene un país, derivado de su soberanía, para resolver un caso de de-

recho privado con elementos extranjeros, o un caso mixto con el cual el Estado que se atribuye aquélla considera que tiene una relación relevante a esos efectos. (...) La determinación de la jurisdicción internacional exige prudencia para evitar la posible asunción de la misma sobre bases endeble y para no prescindir del eventual examen de aquélla que pudiera reclamar el Estado requerido, a fin de no dejar de lado el principio de efectividad, clave en la resolución de casos de derecho internacional privado" (CNCiv., sala I, 26/12/1997, LA LEY, 1998-D, 144).

2. La Cámara señala que "las normas relativas a la prórroga de competencia territorial a favor de jueces extranjeros en asuntos de índole internacional —como es el supuesto de autos— rigen 'sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales' (art. 1º, segundo párrafo, del Código Procesal). En consecuencia, por razones de jerarquía (art. 75, inc. 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional), corresponde observar la normativa del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 en materia de jurisdicción, en cuanto prevé que la prórroga no puede concretarse sino después de promovida la acción, por lo que resulta inadmisibles cuando es efectuada en forma anticipada —cláusula compromisoria— (conf. art. 56, tercer párrafo; en el mismo sentido: sala III, causa 5.845 del 17/3/1989 y sala I, causa 2894/99 del 12/12/2000)" (CNFed. Civ. y Com., sala II, 4/9/2002, www.diprargentina.com/fallos).

3. En el caso de autos, el tribunal sostiene que "no se trata de un conflicto de competencia interna sino del problema de la apertura de la jurisdicción internacional directa de los jueces de nuestro país, cuyo marco normativo es de fuente convencional, en atención a los tratados regionales que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay. Sin duda, la voluntad de legislador en materia de jurisdicción contractual internacional es dar certeza a una pluralidad de foros concurrentes, a fin de asegurar el derecho de las partes de acceder a la justicia (doctrina de la Corte Suprema *in re* 'Exportadora Buenos Aires SA c. Holiday Inn's Worldwide Inc.' del 20/10/1998). Sin embargo, en la apreciación de esas opciones, no corresponde transponer al plano internacional las normas de competencia territorial interna —como parece pretender el recurrente— habida cuenta la vigencia de tratados sobre la materia y la superior jerarquía de esta fuente frente a las normas de fuente interna (art. 75, inc. 22, primer párrafo, Constitución Nacional) (CNFed. Civ. y Com., sala I, 26/10/2004, LA LEY, 2/3/2005, p. 16).

Art. 2602.— Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcio-

nalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía una disposición sobre foro de necesidad el cual, sin llamarlo de ese modo, no es desconocido en la jurisprudencia patria. El Proyecto de Código de DIPr de 2003 también lo introducía (art. 19). En el Derecho Comparado se suele citar como referencia el art. 3º de la Ley Federal Suíza de DIPr, aunque este criterio existe también en otras legislaciones (arts. 3136 Cód. Civil de Quebec, 11 Código belga de DIPr, etc.) y estaba presente ya, como norma de jurisdicción indirecta (a efectos del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras), en la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, hecha en La Paz en 1984).

II. COMENTARIO

1. Fundamento

En el ordenamiento argentino, un juez sólo puede considerarse competente si una norma vigente, cualquiera sea su fuente, le autoriza a ejercer jurisdicción en un caso determinado. Sin embargo, ninguna norma flota en el ordenamiento desvinculada de los cimientos de éste y esto es lo que sucede con las normas de todos los sectores del DIPr. Las normas de jurisdicción internacional argentinas no son más que la concreción de los principios y valores consagrados en la Constitución y en la normativa internacional de derechos humanos. Por ello, con el objetivo de garantizar un acceso efectivo a la justicia, el legislador deja abierta una puerta que le permita cubrir los supuestos en los cuales el ejercicio de la jurisdicción resulta indispensable pese a no estar previsto en las normas vigentes. Queda fuera de toda duda que el cumplimiento de los principios constitucionales esenciales no puede encontrar un obstáculo insalvable en la carencia de una norma de jurisdicción internacional positiva.

La "necesidad" del título del artículo se refiere, precisamente, a la exigencia de no dejar al actor en situación de indefensión. De más está decir que el poder del juez ante esa clase de supuestos sería exactamente el mismo sin la existencia de esta norma, como se constata en la jurisprudencia. La única diferencia es que, en ausencia de la norma, el esfuerzo

argumentativo del juez sería mayor. Escrito o no, el foro de necesidad no sólo puede servir para crear lisa y llanamente un foro de jurisdicción, sino también para interpretar un foro existente de la forma que más ayude a evitar la denegación de justicia.

2. Requisitos

No obstante los nobles fundamentos mencionados, el legislador acierta al restringir expresamente el ámbito de aplicación de esta excepción. Siendo por definición las relaciones privadas vinculadas con distintos ordenamientos jurídicos el objeto de esta rama del Derecho, el hecho de tener que litigar en el extranjero es perfectamente previsible para alguien que participa voluntariamente en una relación de ese tipo. De ahí que el adverbio "excepcionalmente" sea de crucial importancia para la aplicación de la norma, aunque curiosamente no existía en el proyecto original. Por lo tanto, el foro de necesidad sólo podrá configurarse cuando demandar en el extranjero resulte irrazonable, término que en ningún caso deberá asimilarse a "inconveniente" y que, por el contrario, se aproxima bastante, sin confundirse necesariamente con él, a "imposible".

El requisito de contacto suficiente con el país busca evitar la asunción exorbitante de jurisdicción por parte de los jueces argentinos, descartando una suerte de jurisdicción universal a su favor. Es cierto que el alcance de esta afirmación dependerá en gran medida de qué se entienda por "suficiente", pero queda claro que la utilización del adjetivo implica que no basta con cualquier contacto.

Garantizar el acceso a la justicia del demandante no puede llevar aparejado la conculcación del derecho de defensa del demandado, ya que tan importante para la realización de la justicia es aquél como éste. El justo equilibrio entre ambos es un desafío permanente para cualquier juez, más aún en casos internacionales. En el contexto de este precepto, las guías para dar con la decisión más ecuaníme posible radican en las demás exigencias previstas, señaladamente, en el carácter excepcional de este foro.

A pesar del uso no del todo feliz de la palabra "conveniencia", al último de los requisitos del artículo también le asiste la lógica. Lo que pretende la norma es garantizar la tutela efectiva de los derechos. Flaco favor se haría al demandante si se le ofrece un foro para ejercitar sus pretensiones sin prestar atención a la suerte que habrá de correr la decisión que se adopte. Ahora bien, el cumplimiento de esta exigencia no tiene la misma contundencia que las otras, ya que la evaluación *a priori* de los efectos que se adjudicarán a una decisión judicial en el extranjero no siempre puede brindar una respuesta inequívoca. Finalmente, cabe pre-

guntarse si la introducción del criterio de efectividad exclusivamente en una norma de aplicación excepcional implica la voluntad del legislador de descartarlo como principio general del sistema jurisdiccional. Nos inclinamos a pensar que no. Dicho principio está implícito en el derecho fundamental de acceso (efectivo) a la justicia. Si sólo está mencionado en este artículo es porque aquí es donde su importancia se hace más acuciante.

III. JURISPRUDENCIA

1. La Corte calificó al "último domicilio conyugal" —criterio previsto en la norma de jurisdicción aplicable— como el último lugar donde los cónyuges hubieran vivido de consuno. Debe tenerse de cuenta que, en el contexto de la época, el marido tenía la facultad de fijar el domicilio conyugal y que en el caso el domicilio del marido era de muy difícil determinación por su permanente variación; en cambio, el último lugar donde habían convivido era cierto. Lo importante del caso, y que mantiene toda su vigencia, es que la Corte consideró que los tribunales argentinos deben ejercer jurisdicción cuando ello sea necesario para evitar una denegación de justicia (CSJN, 25/3/1960, LA LEY, 98-277).

2. La Cámara señala que "resulta pertinente traer a colación la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, *in re* 'Vlasov', por cuanto en la hipótesis de marras el traslado de M. E. M. a Berlín a los fines de su sometimiento a la decisión de sus tribunales, produciría un desamparo jurisdiccional de la misma toda vez que el órgano judicial de dicho país ya se ha pronunciado desestimando su jurisdicción al efecto. En dicho pronunciamiento, nuestro Máximo Tribunal mantiene que la privación de justicia constituye un ataque a la garantía constitucional del debido proceso en su aspecto adjetivo (CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 31/8/2000, ED, 191-115 con nota de I. M. Weinberg de Roca, y en JA, 2001-IV-666, con nota de E. R. Hooft).

3. El Tribunal Superior neuquino, tomando como base lo resuelto por la CNCiv., sala K, en "Talevi, Diego s/sucesión" (LA LEY, 2006-C, p. 875) sostuvo que "en primer lugar, es necesario resaltar que la garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho (cfr. CSJN, 'Vlasov'). Que, a partir de ello se ha dicho: '(...) que dichas circunstancias conllevan a analizar (sic) la cuestión con amplitud de criterio, propiciando en su caso, una interpretación que amplíe en la medida de lo posible, la competencia internacional de la justicia argentina para así evitar el indeseable riesgo de una denegación o privación de justicia frente a un eventual conflicto negativo jurisdiccional que pudiera suscitarse' (...)". TSJ Neuquén, 22/6/2009, ED, 23/4/2010, con nota de A. M. Soto).

Art. 2603.— Medidas provisionales y cautelares. Los jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares:

a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República;

b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal;

c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina.

El cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía ninguna norma referida al proceso civil internacional, si admitimos que, en realidad, las normas de jurisdicción internacional son más sustanciales que procesales. Desde este punto de vista el precepto comentado establece una innovación notable. Los principios contenidos en las reglas del mismo, sin embargo, no son novedosos para el sistema argentino de DIPr ya que se encuentran previstos en la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Montevideo 1979) y, parcialmente, en el Protocolo del Mercosur sobre la misma materia (1994). La norma comentada aparecía también, con una redacción bastante similar, en el Proyecto de 2003 (art. 20).

II. COMENTARIO

1. Naturaleza de la norma

Aunque en términos muy generales el precepto comentado puede considerarse una norma de jurisdicción, parece claro que, en lo que se refiere a las dos últimas hipótesis (b y c), dicha jurisdicción se ejercería en el marco de la cooperación internacional. Por esa razón, más allá de lo acertado que pueda ser su contenido, es difícil considerar que se trata de una disposición general en materia de jurisdicción internacional.

2. Criterios contemplados

El primero de los criterios previstos no hace otra cosa que ratificar algo que debería ser obvio: la competencia sobre los méritos de un litigio incluye necesariamente el poder de decidir sobre todos los aspectos de procedimiento que ayuden a asegurar la eficacia de la decisión sobre el fondo. Es verdad que, como la propia norma lo reconoce, en los casos internacionales no es extraño que los bienes o las personas sobre las cuales se pretenda dictar una medida como las indicadas se encuentren fuera de la jurisdicción del juez competente. En tal caso, la efectividad de la medida cautelar adoptada por un juez argentino dependerá de las normas convencionales aplicables y, en su defecto, del tratamiento que se dé a las medidas cautelares extranjeras en el país de destino. No es de descartar que, ante la ineficacia total o parcial de la medida en dicha jurisdicción, el solicitante de la misma se vea compelido a pedir el dictado de otra ante las autoridades del lugar. Es dable constatar que la norma menciona a bienes y personas y a su localización fuera o dentro del país sin precisar que se refiere a los bienes y a las personas sobre las cuales recae la medida cautelar en cuestión. No habiendo otra interpretación lógica que la que aquí se expresa, preferimos pensar que se trata de un simple defecto de redacción.

El inc. b) del artículo comentado se refiere en realidad a dos supuestos diferentes, si bien ambos parten de la premisa de que el juez argentino no haya asumido ya, en caso de tenerla, competencia sobre el fondo (de lo contrario estaríamos en la hipótesis del inc. a)), y tienen como requisito común la presencia real o posible en Argentina de las personas o bienes sobre los que recae la medida. Por un lado, se autoriza al juez argentino a adoptar una medida cautelar o provisoria a solicitud de un juez extranjero competente sin que se aclare cómo debe considerarse dicha competencia. Varias precisiones se imponen: 1) la sistemática de la norma y las fuentes aparentemente utilizadas sugieren que se está hablando de competencia sobre el fondo; 2) no se exige que el juez extranjero esté entendiendo en el caso; 3) como se expresó en el punto II.4 del comentario al art. 2601, nada debería obligar al juez argentino requerido a realizar una aplicación impropia de las propias normas de jurisdicción para evaluar la competencia del juez extranjero. Por otro lado, se faculta al juez argentino a adoptar medidas urgentes, aunque no sea competente sobre el fondo. Es llamativo que el legislador no haya juzgado necesario establecer criterio alguno acerca del Derecho aplicable a las medidas cautelares en los supuestos de cooperación ni a los eventuales problemas de incompatibilidad entre las normas del país del juez que ha adoptado la medida y las que resulten aplicables en nuestro país.

La redacción del último inciso del art. 2603 permite colegir que se trata del caso en el cual se ha adoptado en el extranjero una sentencia

que reúne todos los requisitos necesarios para desplegar efectos en Argentina y la medida es solicitada por quien pretende invocar dichos efectos, a fin de asegurarlos. En principio, se tratará de medidas respecto de bienes o personas localizadas o localizables en Argentina. No se exige la intervención del juez extranjero ni el carácter urgente.

III. JURISPRUDENCIA

1. La parte recurrente sostiene, entre otras cosas, que el tribunal exhortante carece de jurisdicción internacional y que el juez argentino no posee facultades para trabar medidas cautelares sobre bienes ubicados fuera de la jurisdicción del país, ya que las acciones objeto del embargo fueron emitidas por una sociedad constituida fuera del Uruguay. La Cámara señala que subsisten dudas en torno a la jurisdicción del juez exhortante, "habida cuenta de que se pidió la traba de embargo respecto de acciones de sociedades constituidas fuera del territorio uruguayo, por donde —en principio— no se advierte fundamento en punto a la jurisdicción de la jueza exhortante. En el esquema reseñado, y dado el limitado plexo probatorio existente en autos para corroborar la jurisdicción de la jueza requirente, juzga la sala adecuado librar oficio de estilo a la magistrada exhortante para que a la brevedad posible funde y acredite documentalmente la jurisdicción invocada, y que justifique la medida cautelar contenida en esta rogatoria (arg. art. 9º párr. 2º Protocolo de Ouro Preto). Ello, sin adelantar lo que en definitiva pudiese decidirse" (CNCom., sala B, 13/4/2005, JA, 2005-III-743).

2. La actora sostuvo la existencia de dualidad de jurisdicciones, la de la República Argentina en lo concerniente a la traba de medidas cautelares —porque las aeronaves se encontraban en territorio argentino—, y la de los Estados Unidos de América para las cuestiones de fondo relacionadas con el incumplimiento contractual —en función de la prórroga de jurisdicción pactada en los contratos de *leasing*—. Argumenta que iniciará una acción judicial de fondo (por incumplimiento contractual) en otra jurisdicción y que las medidas cautelares dispuestas en la presente causa guardan directa relación de dependencia con esa acción ordinaria. "Ello significaría que la medida cautelar dictada y ampliada en estos autos por el juez competente del lugar de ubicación de los bienes objeto del secuestro, sería subordinada a una acción principal a interponerse —en principio, aunque no exclusivamente— ante tribunal extranjero. En tales condiciones, la sala se ha de pronunciar sobre el pedido de ampliación del plazo de caducidad previsto en el art. 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a fin de adaptarlo a los caracteres de un acto de cooperación jurisdiccional, subsidiario de una demanda principal a interponerse en el extranjero. Ello no significa en modo alguno adelantar opinión sobre la existencia de jurisdicción internacional ar-

gentina eventualmente concurrente para la controversia de fondo, pues la cuestión excede el *thema decidendum* y es prematura dado que la demanda principal aún no ha sido deducida" (CNFed. Civ. y Com., sala I, 28/4/2005, LA LEY, 2005-D, 883).

3. Teniendo en cuenta los términos en que fue planteada la petición —medida cautelar accesoria de un juicio principal que tramita en los Estados Unidos de América—, es claro que los tribunales argentinos no tienen competencia —conforme las reglas pertinentes establecidas por el art. 6, incs. 1º y 4º, del Código Procesal— para dictar una precautoria accesoria de un proceso principal tramitado en otro país (CNFed. Civ. y Com., sala III, 7/10/2008, www.diprargentina.com).

4. La Cámara dispone que "en punto a la competencia para ordenar su producción no puede ser otra que la del juez al que corresponda intervenir en el proceso principal. A *contrario sensu*, se ha dicho que las diligencias preliminares no determinan la competencia del tribunal con relación al juicio posterior sino excepcionalmente o que no la determinan de manera definitiva" (CNCiv., sala I, 21/11/2002, ED, 201-154).

Art. 2604.— Litispendencia. Cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento.

El proceso suspendido puede continuar en la República si el juez extranjero declina su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo del asunto o, en el supuesto en que habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Ni el Código Civil sustituido ni ningún otro cuerpo legislativo argentino regulaban la litispendencia internacional. La cuestión, que es bastante controvertida en el Derecho Comparado (en Brasil, el art. 90 CPC la prohíbe expresamente), se popularizó de la mano de la Convención de Bruselas de 1968, que regulaba la jurisdicción y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales entre los países de la Unión Europea, y que ha derivado en otros instrumentos convencionales y supranacionales europeos. El texto ahora comentado reproduce, modificando los tiempos verbales, el art. 46 del Proyecto de Código de 2003.

II. COMENTARIO

1. Fundamento de la litispendencia

La litispendencia persigue esencialmente salvaguardar la buena administración de justicia, evitando la utilización estratégica de las normas de jurisdicción. La hipótesis es que el juez argentino es competente para entender en el caso pero que éste ya se está sustanciando en el extranjero al momento de presentarse la demanda en nuestro país. Consecuentemente, la asunción de competencia por parte del juez argentino sería susceptible de causar no sólo problemas de economía procesal sino también un verdadero menoscabo a la justicia del caso, dada la probabilidad de sentencias contradictorias y de inconvenientes sobrevenidos en la efectividad de las mismas. Es precisamente esto último lo que muchas veces se pretende con la presentación de una segunda demanda en una jurisdicción diferente.

2. Operatividad de la norma comentada

Lo que se establece es la obligatoriedad de suspensión del proceso argentino siempre que el reconocimiento en Argentina de la decisión a adoptar en el extranjero sea "previsible". Ahora bien, si el objetivo de esta norma es evitar el abuso de los foros de jurisdicción, no debe desconocerse que también la invocación de la litispendencia puede ser abusivo. La jurisprudencia europea (y es de Europa de donde viene la norma comentada) está repleta de casos en los cuales se introduce arteramente una demanda en un país cuyo sistema judicial presenta muchos problemas de funcionamiento (por ejemplo, TJCE, 9/12/2003, C-116/02), incluso a sabiendas de la incompetencia de los tribunales del mismo, para poder invocar posteriormente litispendencia ante los tribunales competentes de otro Estado, dilatando artificialmente el proceso. Este problema se hubiera zanjado en el Código legislando la litispendencia como una facultad y no como una obligación del juez o autorizándole un escape en casos de evidencias de abuso (el Cód. Civil peruano, supuestamente utilizado como fuente de este Título, utiliza un criterio temporal, acaso demasiado corto de tres meses). La ausencia de tales armas hacen que el problema sólo pueda tratarse, en caso de que proceda, con sofisticadas argumentaciones sobre abuso o violación de los derechos fundamentales en el proceso.

En los términos de la norma, el juez está facultado a intervenir oficio. En la práctica, seguramente, lo habitual será que el demandado (y normalmente demandante en el extranjero) sea quien invoque la litispendencia. En cualquier caso, el legislador no le brinda al juez un criterio inequívoco para determinar qué fecha debe tener en cuenta a efectos de determinar la prioridad entre las demandas. Aunque las respectivas fechas de presen-

tación de las demandas puedan aparecer en principio la más evidentes, la consideración exclusiva de las mismas deja de lado el elemento esencial del conocimiento por la otra parte; al mismo tiempo, tal criterio no presta atención a aquellos ordenamientos que prevén una suerte de notificación previa a la presentación de la demanda. Habrá que confiar en que la sabiduría de los jueces irá haciendo decantar un criterio uniforme.

3. Requisitos

Para que proceda la litispendencia debe darse una triple identidad de objeto, causa y partes. Aunque la norma no introduce ningún matiz al respecto, el juez deberá tener en cuenta la finalidad perseguida a la hora de comprobar esta identidad. Dicha consideración puede llevarlo a manejarse con una cierta flexibilidad, por ejemplo, en relación con el objeto manifestado por las partes, cuando quede claro que, pese a utilizar presentaciones diferentes, el objeto es el mismo. El parámetro para adoptar esta decisión es que se trate esencialmente del mismo caso, ya que el legislador no ha querido incluir una norma de "conexidad" facultando a los tribunales argentinos a no hacerse cargo de un caso para el que son competentes cuando, a pesar de no darse los requisitos de identidad exigidos para la admisión de la litispendencia, el mismo esté tan estrechamente vinculado a otro que se sustancia en el extranjero que la intervención de los tribunales argentinos sería totalmente irrazonable. Tampoco se ha admitido la posibilidad de la conexidad en su versión positiva, es decir, la que autorizaría a los tribunales argentinos a extender la competencia a un supuesto estrechamente vinculado a otro que están juzgando (ver Código beiga de DIPr, art. 9°).

También se exige al juez la revisión de la eventual sentencia extranjera a las luz de las normas aplicables al reconocimiento que correspondan. Evidentemente, la dificultad inherente a tal tarea hace que la exigencia no pueda ser muy rigurosa. Así, el juez no puede saber si una sentencia que no existe será o no compatible con el orden público internacional argentino. Además, no está prevista la sustanciación de ningún "juicio de litispendencia", con lo cual el juez no dispondrá del debate contradictorio acerca de la existencia de otras causales de denegación del reconocimiento. Lo que se pide, entonces, con este requisito de "reconocibilidad" es un análisis *prima facie* cuyo resultado, en general, sólo obstará a la litispendencia cuando sea evidente que la sentencia extranjera no podrá tener efectos en Argentina, como sucede en los supuestos del art. 2609 (jurisdicción exclusiva).

4. Reanudación del proceso en Argentina

En el segundo párrafo del art. 2604, se prevén tres supuestos para levantar la suspensión "obligatoria" antes referida. Los tres son coherentes

con la finalidad y con la concepción asumida de la litispendencia. Falta, como ya se mencionó, un criterio que permita sancionar el "abuso de litispendencia". Finalmente, aunque va de suyo que de no darse ninguno de estos supuestos la suspensión se haría definitiva, no se dice cómo ni cuándo concretamente opera la terminación del proceso local.

III. JURISPRUDENCIA

La sentencia señala que "(...) toda vez que de coexistir el trámite de esta revisión, que es un proceso de conocimiento, cuyo pronunciamiento abordará el fondo del asunto y otro proceso incoado con anterioridad en extraña jurisdicción con el mismo objeto, se daría un supuesto de litispendencia, que debe ser atendido, a fin de impedir, al menos, el escándalo de soluciones contrapuestas, pues no cabe pretender, por esta vía revisiva, enervar los efectos de una eventual sentencia en una sede arbitral ya abierta sin perjuicio del trámite que posteriormente pudiese resultar necesario para acordarle —o no— un eventual reconocimiento. Ello, podría conducir a una indebida utilización del fraccionamiento internacional de jurisdicciones para neutralizar pronunciamientos adversos y atenta contra el principio de cooperación internacional, como contra el más elemental principio que ordena procurar la armonía internacional de las soluciones y se aparta del principio del 'mínimo conflicto' mediante prácticas que no cabe a este tribunal convalidar" (JNCom. Nro. 26, Secretaría Nro. 52, 31/5/2004).

Art. 2605.— Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía una norma como la comentada, la cual sí aparece en términos casi idénticos en el art. 1º del CPCCN, donde fue introducido en 1976 por la ley 21.305. Por lo tanto, no hay ninguna novedad en este punto. En el ordenamiento argentino de fuente internacional, los acuerdos de elección de foro están expresamente previstos en el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual. En el Derecho Comparado, después de una evolución ciertamente ardua, puede decirse que la tendencia a aceptar que las partes de una relación jurídica están facultadas para escoger la jurisdicción en la que quieren dirimir sus controversias está hoy en

día, bajo determinados límites y condiciones, globalmente asumida. En todo lo que respecta al arbitraje, es indispensable referirse a las disposiciones contenidas actualmente en los arts. 1649 y sigtes., relativas al contrato de arbitraje.

II. COMENTARIO

1. Ámbito de aplicación

Aunque la norma comentada se encuentre ubicada como una disposición "general" de jurisdicción internacional, el legislador, prefirió mantener el *statu quo* imperante desde 1976 optando por seguir restringiendo el alcance de la autonomía de la voluntad a los asuntos patrimoniales. Es decir, la norma no se aplica indistintamente a todas las materias; se aplica sólo a las que puedan considerarse de esa manera. Tal decisión no sólo contrasta con la evolución general de la autonomía de la voluntad, sino con los considerables cambios producidos en ámbitos no patrimoniales, algunos de los cuales son ampliamente receptados en el Código. En efecto, cuando la posibilidad de derogar la jurisdicción argentina se incorporó a la legislación positiva de nuestro país, con una finalidad muy concreta, la limitación encajaba perfectamente en un contexto en el que existía, entre otras cosas, una gran preocupación por resguardar a nuestro país de las supuestas consecuencias terribles del divorcio, prohibido hasta la llegada de la democracia (al país y a la familia). Hoy en día el Derecho Comparado nos brinda innumerables ejemplos de cómo la autonomía de la voluntad sirve en muchos casos para resolver los problemas reales de las personas en materias no patrimoniales (ver art. 42.2 de la ley venezolana de DIPr). Además, teniendo en cuenta que, salvo en el caso de adopción de niños domiciliados en Argentina, los foros de jurisdicción previstos en el Código para asuntos no patrimoniales son todos concurrentes, no se advierte razón para privar de efectos a un acuerdo de las partes escogiendo uno de esos foros concurrentes y descartando el o los otros. En cualquier caso, el tenor estricto de la norma junto al contexto antes apuntado, autorizan a respetar la elección de las partes en cualquier asunto de índole patrimonial, aun en el ámbito de la familia.

Con una terminología no exenta de controversias, el precepto utiliza los vocablos "foro" y "jurisdicción" para referirse tanto a jueces como a árbitros. Pero el Código define específicamente el ámbito de actuación del "contrato de arbitraje" en el art. 1651, al que cabe remitirse por razón de especialidad. Dicho criterio debe guiar la interpretación en caso de dudas en la aplicación de las normas de ambos Capítulos. Sin perjuicio de lo anterior, tanto para poder someterse válidamente a un juez extranjero como a un arbitraje con sede en el extranjero, además de la patrimonialidad, el art. 2605 exige que el supuesto sea de carácter internacio-

nal, carácter que no viene definido en el Código. Dicho de otro modo, la "derogación" de la jurisdicción argentina por voluntad de las partes está vetada para las relaciones jurídicas puramente internas.

La norma no expresa otras limitaciones a su ámbito de aplicación. El límite temporal previsto en la redacción original de la norma inspiradora de 1976 ya había sido eliminado por la ley 22.434. Más importante, la norma no exige, acertadamente, ninguna vinculación entre el caso y el país del foro elegido, reconociendo que lo que motiva en muchos casos el ejercicio de la autonomía de la voluntad (sobre todo en el arbitraje) es precisamente la búsqueda de una jurisdicción "neutral". Tampoco se menciona la prohibición del acuerdo "abusivo" contenido en el art. 4º del Protocolo de Buenos Aires.

2. Aplicabilidad del precepto por jueces argentinos

Obviamente, en coincidencia con lo que ya expresamos en el comentario al art. 2601, aunque parezca decir otra cosa, esta norma está esencialmente dirigida a los jueces argentinos. En ese sentido, ella juega como una suerte de norma de jurisdicción negativa, impidiéndoles ejercer jurisdicción cuando las partes la han voluntariamente excluido, siempre que se cumplan las condiciones impuestas por el derecho argentino. En cambio, los jueces o árbitros escogidos serán o no competentes según lo dispuesto en las respectivas reglas aplicables y no en virtud de esta "autorización" que brinda el art. 2605 a las partes.

Dicho esto, es importante resaltar que, al optar por reproducir la sesgada redacción del art. 1º CPCCN, la norma sólo prevé lo que técnicamente es la derogación de la jurisdicción argentina, pero no dice nada respecto de la jurisdicción de los tribunales argentinos cuando las partes se someten a ella. Una interpretación teleológica permite deducir que la autonomía de la voluntad también juega para designar como competentes a los jueces argentinos. Lo contrario tendría poco sentido. Lo dicho se confirma, desde una visión sistemática, en el primer párrafo del art. 2650, que da por sobrentendida esa facultad de las partes en relación con los contratos. Podría pensarse que la "prórroga" a favor de los tribunales argentinos está regulada en el art. 2607, pero ésta no incluye ninguna de las fórmulas que aparecen en las demás normas atributivas de jurisdicción. Por su redacción, parece más bien un desarrollo, una norma para la aplicación del artículo ahora comentado (como la del art. 2606). En otras palabras, la competencia de los tribunales argentinos con fundamento en la voluntad de las partes estaría establecida en el Código, pese a la trascendencia de la cuestión, sólo de forma implícita, a diferencia de lo que se hacía —con una redacción no perfecta pero sensiblemente mejor— en el Proyecto de 2003 (art. 17).

Descartado, por lógica y por la tradición de nuestra jurisprudencia, que se admita la sumisión voluntaria a tribunales extranjeros y no a los propios, nos inclinamos a pensar que la voluntad del legislador es que dicha sumisión esté también sujeta a los criterios de patrimonialidad e internacionalidad.

3. Límites

Con toda lógica, el efecto negativo asignado a la derogación de la jurisdicción argentina queda descartado en aquellas materias para las cuales se prevé la jurisdicción argentina exclusiva. Lo mismo sucede si la derogación de la jurisdicción está prohibida por la ley o por el propio Código, como sucede respecto de los contratos de consumo (art. 2654). En toda coherencia, no cabría entonces aceptar la sumisión de las partes a los tribunales argentinos en situaciones recíprocas. En materia de arbitraje, reiteramos la remisión a las reglas específicas, en particular al art. 1651.

III. JURISPRUDENCIA

1. En el derecho procesal internacional de fuente interna, el art. 1º del CPCCN establece la admisibilidad de la prórroga de jurisdicción en jueces o árbitros extranjeros, restringiéndola a los asuntos exclusivamente patrimoniales y de índole internacional. Este instituto reconoce su fundamento en la necesidad de favorecer el comercio multinacional y los términos de su intercambio (CNCorn., sala E, 10/10/1993, ED, 157-129/137, con comentario de J. E. Martorell).

2. El derecho argentino reconoce la facultad de las partes de acordar la prórroga de jurisdicción en árbitros que actúen en el extranjero, en cuestiones patrimoniales de naturaleza internacional, dentro de los límites fijados por la ley (art. 1º, CPCCN). Y si la norma menciona la prórroga en favor de jueces extranjeros o árbitros que actúen fuera de la República, con mayor razón se admite el rol de la autonomía de la voluntad para la designación de jueces y árbitros que actúen en la República Argentina (CNCom., sala E, 26/9/1988, LA LEY, 1989-E, 304, con nota de A. Boggiano).

Art. 2606.— *Carácter exclusivo de la elección de foro. El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario.*

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Siendo este artículo un simple complemento del anterior, es obvio que tampoco existía en el Código sustituido norma alguna de similar te-

nor. El principio sustentado en este precepto constituye una de las reglas esenciales de la Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro (art. 3.b), aún no en vigor.

II. COMENTARIO

Lo que nos dice este artículo es que, salvo acuerdo expreso en contrario, al pactar la intervención de un juez, las partes no están agregando una posibilidad más para plantear sus eventuales demandas sino descartando todas las opciones diferentes a la elegida. El efecto negativo del acuerdo de elección es así de contundente. La norma se refiere sólo a la elección de un juez porque respecto del arbitraje existe la reglamentación específica dentro del Código (ver, en particular, el art. 1656). La utilización del vocablo "exclusiva" no debe prestarse a confusiones. Esta norma opera como un complemento (como un segundo párrafo) del artículo precedente. Por lo tanto, la exclusividad voluntaria aludida en el art. 2606 presupone la no existencia de exclusividad imperativa exigida en el art. 2605.

La hipótesis normal de aplicación del precepto comentado consistirá en su invocación por el demandado ante una acción intentada en Argentina sobre la base de un foro concurrente. En este sentido, dado el tenor concreto del art. 2605, el juez argentino deberá rechazar la demanda cuando el criterio de competencia invocado no le dé competencia exclusiva, la autonomía de la voluntad no esté prohibida y en el acuerdo a favor del juez extranjero las partes no hayan desvirtuado la presunción establecida en el presente artículo.

En supuestos de sumisión a los tribunales argentinos (aceptada por el legislador implícitamente, como se explica en el comentario al artículo anterior), el precepto podrá también tener aplicación para rechazar la litispendencia, salvo que el proceso en el extranjero se base en un acuerdo expreso o tácito de elección de foro posterior al invocado en la Argentina o que concurra alguna de las limitaciones mencionadas en el art. 2605.

Art. 2607.— Prórroga expresa o tácita. La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuan-

do la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo es también complementario de la norma del art. 2605 y, tal como sucede con los artículos precedentes, no existía en el Código Civil sustituido. La reglamentación de las manifestaciones expresa y tácita de la prórroga de jurisdicción son comunes en el Derecho Comparado. El Proyecto de 2003 las incluía en los arts. 17 y 18. En el sistema argentino de DIPr de fuente internacional ambas aparecen en los arts. 4º a 6º del Protocolo de Buenos Aires de 1994. La sumisión tácita también se contempla en el art. 8º de la Convención interamericana sobre obligaciones de alimentos (CIDIP IV, 1989). Ninguno de estos textos puede considerarse, en sentido estricto, como "fuentes" del artículo comentado.

II. COMENTARIO

1. Prórroga expresa

El legislador parece no haber prestado atención al segundo párrafo del art. 17 del Proyecto de Código de DIPr de 2003, cuya redacción es francamente preferible: "La elección puede hacerse por cualquier medio de comunicación que permita asegurar la identidad de las partes y la aprobación del contenido del acuerdo por cada una de ellas". A nuestro juicio, es así como deberá interpretarse el juez las frases correspondientes del art. 2607. Respecto del arbitraje, cabe insistir en la aplicabilidad de las reglas específicas, señaladamente en este caso, la del art. 1650.

2. Prórroga tácita

El apartamiento del modelo brindado por el Proyecto de 2003 puede tener consecuencias más graves respecto de la sumisión tácita. En efecto, en la última frase del precepto comentado, en lugar de contentarse con utilizar la eficaz fórmula que exige la articulación en tiempo y forma de la declinatoria para que una comparecencia no implique sumisión tácita, el legislador ha preferido el camino más complicado de enumerar positivamente los casos en que ésta se configura. Lo más llamativo de la opción seguida es la inclusión de la expresión "deje de hacerlo", que obligaría a quien es demandado ante un juez incompetente, incluso groseramente incompetente, a realizar el esfuerzo de presentar la declinatoria para quedar a salvo de lo que puede ser sólo un capricho, una osadía o un abuso procesal del demandante.

Cabe destacar que la incompetencia del juez es el presupuesto esencial para la configuración de la sumisión tácita (de otro modo, la volun-

tad del demandado es irrelevante) y que lo más lógico en estos casos es que el juez la controle de oficio. Es decir, cumplido el plazo previsto para la comparecencia del demandado sin que éste haya ejercido ese derecho, el juez debería rechazar la demanda. No se trata sólo de una afirmación *de lege ferenda*. Introducir esta especie de consentimiento ficto del demandado a un acto unilateral e imprevisible del demandante contradice el fundamento mismo de la norma, que no es otro que la expresión libre de la voluntad de las partes. La gravedad puede ser aún mayor si a la persona demandada ante el juez argentino incompetente le resulta complicado, por la razón que sea, comparecer ante él. Además, aunque el Código no lo mencione expresamente, el mismo fundamento indicado hace que la sumisión tácita opere también cuando existe un acuerdo expreso de elección de foro, o, si se prefiere, la sumisión tácita prevalece sobre la sumisión expresa anterior. Así las cosas, de aplicarse lisa y llanamente la obligación de comparecer implícita en la expresión "deje de hacerlo", se estaría obligando al demandado que había acordado con el demandante la sumisión a un tribunal extranjero o al arbitraje, a discutir acerca de la competencia ante un juez argentino. De este modo, la norma en cuestión, además de vaciar de contenido el principio mismo de la autonomía de la voluntad, estaría fomentando conductas reñidas con la buena fe.

III. JURISPRUDENCIA

1. Formalmente la prórroga de jurisdicción puede ser expresa o tácita; en el primer caso se requiere un *pactum de foro prorogando* contenido en el mismo contrato o por convención independiente cuyo contenido no arroje dudas acerca de la validez del consentimiento de las partes y en el segundo pueden surgir de contratos de adhesión a condiciones generales predispuestas cuando aquéllas no se incorporen subrepticamente excluyendo la posibilidad razonable de su ponderada deliberación o exista una disparidad tal del poder negociador que permita invalidar el consentimiento por ausencia de un libre acuerdo de voluntades (JNCom. Nro. 18, Secretaría Nro. 36, 20/10/1989, ED 150-304).

2. En términos generales, la prórroga de la jurisdicción en favor de los magistrados extranjeros debe provenir de actos procesales 'concluyentes', entendiéndose por tales, aquellos en los que la parte manifiesta, en forma inequívoca, su voluntad de someterse al Poder Judicial de la nación foránea (CNFed. Civ. y Com., sala III, 22/11/2005, www.diprargentina.com).

Art. 2608.— Domicilio o residencia habitual del demandado. Excepto disposición particular, las acciones

personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía una disposición consagrando el foro de domicilio del demandado como criterio de jurisdicción internacional con alcance general, aunque sí para determinadas materias como los contratos (arts. 1215 y 1216). Dicho foro es, sin embargo, uno de los criterios generales de jurisdicción previstos en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional (sendos arts. 56) y como tal es considerado tradicionalmente en la jurisprudencia.

II. COMENTARIO

1. Fundamento

El domicilio del demandado es un criterio común a todos los ordenamientos jurídicos tributarios del derecho romano. La justificación que se ha hecho popular es que se trata de un criterio que, en términos generales, beneficia a ambas partes de la contienda. Al demandado, porque allí es donde se supone que puede ejercitar mejor el derecho de defensa, y al demandante, porque se trata de un lugar en el que probablemente se garantice la efectividad de la sentencia.

2. Carácter de la norma

La ubicación de esta regla entre el Capítulo genéricamente dedicado a la jurisdicción internacional lleva a pensar que el domicilio del demandado juega como foro general. Uzal lo caracteriza como uno de los dos "principios generales" en la materia junto al de los foros exclusivos. En el Derecho Comparado, normalmente, cuando al domicilio del demandado se le asigna la función de criterio general de jurisdicción, lo que se está diciendo es que el mismo sirve para otorgar competencia en todos los supuestos (salvo que se haga alguna excepción), sin prestar atención a la materia implicada en el caso. Para cada una o la mayoría de éstas, por su parte, se prevén criterios específicos de jurisdicción. Ésa sería en principio también la función que le asigna el Código, aunque dos consideraciones parecen poner en duda la generalidad declamada. Por un lado, el criterio se aplica exclusivamente a las acciones personales; por otro lado, más curioso, el mismo se repite en todas las materias para los casos contenciosos (es decir, los casos en los que hay un demandado). Descartando que esto haya pasado inadvertido al legislador y en ausencia de explicación oficial, tal vez lo que se haya buscado es que el domicilio del demandado más que como foro general (aplicable a todas las ma-

terias), cumpla el rol de foro residual (aplicable a las acciones personales para las cuales no exista o no se cumpla el criterio especial respectivo).

3. Equiparación del domicilio y la residencia habitual

Como se aprecia, la norma comentada considera indistintamente el domicilio y la residencia habitual a efectos de la determinación de la jurisdicción. A primera vista, la norma tendría así un alcance más amplio que el que se le reconoce tradicionalmente. Observada con mayor detenimiento a la luz de las definiciones dadas a ambas nociones en el art. 2613, sin embargo, la primera impresión se desvanece.

III. JURISPRUDENCIA

1. La jurisdicción internacional del juez del domicilio del demandado constituye 'una regla universal' (Goldschmidt, W., *Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., 1995, p. 480) que tiene como fuente normas convencionales de jurisdicción internacional argentina que si bien no resultan directamente aplicables al caso reciben tal directiva (TCol. Familia Nro. 5 Rosario, 24/10/2002, LA LEY, 2003-D, 351).

2. Es decir que, cualquiera sea la norma que se aplique, siempre existe jurisdicción internacional para los jueces del domicilio del demandado, cuando el cheque que se ejecuta es pagadero por un banco domiciliado en el extranjero. Éste es el criterio seguido desde hace mucho tiempo por el fuero comercial. Así fue resuelto por la Cámara Nacional en lo Comercial, sala B, el 16/5/1969 (JNCom. Nro. 10, Secretaría Nro. 19, 30/6/1993, www.diprargentina.com).

3. La regla general de competencia es el domicilio del deudor, y sólo cede —aparte de los casos de fuero de atracción, causas conexas y litis-consorcio— en los supuestos en que el lugar de cumplimiento de la obligación se encuentra expresa o implícitamente establecido, pero siempre que esta última circunstancia surja en forma clara y evidente (CNCom., sala B, 6/6/1997, LA LEY, 1997-F, 241).

Art. 2609.— Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas:

a) en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República;

b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino;

c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no incluía una norma de este tipo. La fuente evidente es la disposición correspondiente del llamado "sistema de Bruselas / Lugano" (ver art. 22 del Reglamento 44/2001 de la Unión Europea), aunque no se hayan reproducido todos los criterios allí establecidos.

II. COMENTARIO

1. Fundamento

La mera suficiencia exigida como índole de vinculación entre un supuesto y el Estado para justificar la jurisdicción internacional, hace que la regla general en este ámbito sea la concurrencia. Esto significa que lo normal es que haya varios jueces en principio competentes para entender del mismo caso y que las decisiones que ellos dicten podrán, si reúnen los requisitos previstos por las normas de reconocimiento que resulten aplicables en la especie, desplegar sus efectos en los otros países vinculados con el caso. Frente a esta situación "normal", el carácter exclusivo asignado a determinados foros de jurisdicción internacional constituye una excepción que, como tal, exige una justificación y debe interpretarse siempre restrictivamente.

Las razones generalmente esgrimidas para fundamentar dicha excepcionalidad pasan por la existencia de un fuerte interés estatal en una materia determinada (los foros exclusivos son foros especiales aunque aparezcan en este Capítulo dedicado a las disposiciones generales en materia de jurisdicción) y por la vinculación estrecha del caso con el ordenamiento. Cabe señalar al respecto que, en principio, un Estado sólo estará fuertemente interesado en casos que le afecten directamente. No obstante, la relación estrecha con el ordenamiento no convierte en exclusiva la jurisdicción internacional sobre determinado caso si éste no recae sobre una materia particularmente "sensible". Al lado de estos factores también aparecen, en algunos supuestos, elementos que sirven de justificación práctica, como la correlación entre el juez competente y el derecho aplicable o la proximidad del órgano judicial para realizar directamente las diligencias que el caso pueda requerir.

2. Función y aplicabilidad

La caracterización de los criterios incluidos en el art. 2609 como foros de jurisdicción exclusiva tiene una trascendencia limitada en relación con la atribución específica de competencia a los jueces argentinos en esas materias. Para todas las cuestiones allí previstas, ellos serían igualmente competentes en ausencia de dicha caracterización. La cuestión se vuelve importante, en cambio, en materia de litispendencia o de derogación de la jurisdicción argentina, las cuales no pueden prosperar en presencia de los supuestos contemplados en el precepto comentado. El otro ámbito en que tales supuestos son relevantes es el del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, donde actúan como criterios de jurisdicción indirecta (sin que sea necesaria ningún tipo de fórmula "bilateral") bloqueando los efectos de dichas decisiones en Argentina.

Teniendo en cuenta el carácter excepcional de estos criterios —frente a la regla general de la concurrencia internacional de foros—, su ámbito de aplicación no debe extenderse más allá de lo estrictamente contemplado en ellos. Así, por ejemplo, el foro relativo a los bienes inmuebles situados en Argentina sólo se aplica específicamente a los derechos reales y en ningún caso a otros aspectos como podría ser el contrato de compraventa por el cual se transmite la propiedad.

3. Criterios previstos

Tres criterios son expresamente contemplados en el art. 2609. El primero, pese a las dudas que pueda generar su justificación, más basada en la tradición que en la razón, es de una larga y extendida aceptación. Distinto es el caso de los criterios que están vinculados al ejercicio del poder del Estado en materia registral cuyo sometimiento a tribunales extranjeros no resulta aceptable. Del mismo modo que antes se indicó respecto del foro sobre bienes inmuebles, subrayando que afecta exclusivamente a los derechos reales, el foro relativo a la propiedad intelectual sólo afecta a las inscripciones (en principio cubiertas en el foro específico) y a la validez de la misma. En consecuencia, un litigio que tenga como objeto la violación de una marca no cae dentro de la competencia exclusiva. A propósito, es curioso que se incorpore un foro exclusivo en materia de propiedad intelectual cuando se trata de una materia cuya reglamentación no aparece contenida en el Código.

El art. 2609 recuerda que los supuestos mencionados en él no constituyen los únicos foros exclusivos de nuestro ordenamiento, sino que pueden existir otros fuera del Código. Además, sin salir de éste, el art. 2635, prevé la jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos para la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de la adopción, cuando el niño está domiciliado en Argentina.

III. JURISPRUDENCIA

"Cuando la jurisdicción es concurrente entre un tribunal extranjero y uno argentino, no puede existir invasión de la jurisdicción argentina (...). La invasión de nuestra jurisdicción internacional sólo puede darse si el juez extranjero entiende en una acción respecto de la cual nuestro país reclama jurisdicción exclusiva. La jurisdicción exclusiva, a diferencia de la jurisdicción única, se funda siempre en razones de orden público internacional" (JNCom. Nro. 10, Secretaría Nro. 20, 12/1992, www.diprargentina.com).

Art. 2610.— Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.

Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado.

La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código Civil sustituido no aparecía ninguna norma sobre este tipo de materias relativas al derecho de acceso a la justicia. Con su inclusión, el legislador, tomando en serio el carácter fundamental de este derecho, extiende universalmente un criterio que ya estaba consagrado en el DIPr argentino a escala regional, a través del Protocolo mercosureño de Las Leñas de 1992 (arts. 3º y 4º).

II. COMENTARIO

La norma establece (con una redacción un tanto particular provocada por el apego a una fuente multilateral) que el acceso a la justicia en un derecho cuyo ejercicio debe garantizarse a las personas humanas sin distinciones de nacionalidad ni residencia y a las personas jurídicas cualquiera sea el Estado de su constitución, autorización o registro. Dicho de otra forma, en ningún caso puede colocarse al litigante que no tiene un vínculo local en una condición desfavorable comparada con la que se reconoce al litigante que posee tal vínculo. Además de ese principio general, se prevé, como manifestación concreta del mismo, la eliminación total de la caución de arraigo en juicio, culminando una evolución que

comenzó con la vigencia en Argentina de ciertos instrumentos internacionales como el Protocolo de Las Leñas ya mencionado y la Convención de La Haya de 1954 sobre procedimiento civil (art. 17). El carácter de la norma hace que la prohibición recaiga sobre cualquier tipo de exigencia pecuniaria a un litigante que no tenga una vinculación local que implique una discriminación contra él, no sólo independientemente de la designación (como se dice expresamente en el artículo) sino también del monto, de la forma de percibirla o de la finalidad de lo recaudado.

III. JURISPRUDENCIA

1. El fallo señala que "la eximición de prestar arraigo contenida en el art. 17 de la Convención sobre Procedimiento Civil de La Haya (Ley 23502), comprende no sólo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas sometidas al régimen jurídico de un Estado contratante, ya sea por su lugar de constitución o su domicilio legal, aun cuando la citada norma hace referencia a los 'nacionales de un Estado contratante', ya que no existe razón para acotar la cuestión a las personas físicas y resulta evidente el fin de la disposición de equiparar a ese efecto dichas sociedades con las constituidas o domiciliadas en el país" (CCiv. y Com. San Martín, sala II, 16/4/2002, JA, 5/3/2003, p. 86).

2. La excepción de arraigo fue acogida en primera instancia y confirmada por la Cámara de Apelaciones. Denegado el recurso extraordinario, el actor ocurrió por queja ante la Corte Suprema, que revocó el pronunciamiento de grado sosteniendo que resultaba arbitraria la sentencia que imponía al actor la obligación de constituir arraigo, "pues, lo contrario supondría rigorismo en la interpretación de las normas procesales, incompatible con un adecuado servicio de justicia y la garantía de acceso a la jurisdicción" (CSJN, La Ley Online, AR/JUR/5170/2001).

3. La Cámara sostuvo que "la aplicación de la Convención de Procedimiento Civil del 1 de marzo de 1954 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que exime a los nacionales de los Estados adherentes de la necesidad de arraigar, ha de hacerse aún de oficio (CNCom., sala E, 15/6/2001, LA LEY, 2001-F, 564). En el mismo sentido se pronunció la CSJN, 30/6/1998, Fallos: 221:1817, y 15/5/2001, LA LEY, 2001-E, 5.

4. La Corte rechaza la excepción de arraigo planteada, disponiendo que "no corresponde imponer a quien tiene su domicilio en la República Oriental del Uruguay la obligación de garantizar los gastos causídicos que ocasione a la otra parte la tramitación del juicio, pues de lo contrario se le conferiría un trato procesal distinto al que se le otorga a un conacional con domicilio en el país, con total prescindencia de la legislación citada. En efecto, una solución distinta no aseguraría al contendiente

uruguayo la situación de igualdad perseguida por la ley (Fallos: 315:837)" (CSJN, 31/10/2002, LA LEY, 2003-B, 729).

Art. 2611.— Cooperación jurisdiccional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía ninguna norma sobre la cooperación jurisdiccional. Al igual que en el artículo precedente, esta norma opera la universalización de una obligación ya asumida por el Estado argentino respecto de sus jueces mediante instrumentos internacionales, tanto bilaterales como de alcance regional y de vocación universal. Nos referimos especialmente a las Convenciones Interamericanas (y sus Protocolos en su caso) relativas a Exhortos o Cartas Rogatorias (CIDIP I, 1975), Recepción de Pruebas en el Extranjero (CIDIP II, 1979), Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II, 1979), Prueba e Información del Derecho Extranjero (CIDIP II, 1979), y Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV, 1989), a los Protocolos mercosureños de Las Leñas (1992) y de Medidas Cautelares (1994), y a las Convenciones de La Haya sobre Notificaciones (1965), Obtención de Pruebas (1970) y Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores (1980). En términos concretos, el precepto comentado universaliza la obligación asumida por Argentina respecto de los socios del Mercosur en el art. 1º del Protocolo de Las Leñas, sin incluir las referencias que éste hace a la materia administrativa y a los procedimientos administrativos.

II. COMENTARIO

Se trata de una consecuencia lógica e inevitable del principio consagrado en el artículo precedente. En efecto, la no cooperación injustificada de las autoridades de un Estado puede significar un obstáculo insalvable y fatal para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. La norma, sin embargo, deja bien sentado el principio pero no desarrolla las vías concretas por las cuales el mismo se desarrolla. La razón posible es que mientras el principio sentado es "sustancial", su desarrollo podría incursionar en lo puramente procedimental con las dificultades constitucionales mencionadas en el comentario introductorio a este Título.

Un tema distinto es el del alcance de la obligación de cooperación, la cual sí debería haberse precisado de alguna manera. En la fuente mercosureña la no inclusión de la precisión se debe a que se sobreentien-

de que la obligación alcanza a todos los temas tratados en el Protocolo. Trasladado el principio al Código, aislado de todo desarrollo específico (más allá del que aparece en el artículo siguiente sobre la cooperación de mero trámite y probatoria), la norma en cuestión es susceptible de ser invocada para las más variadas cuestiones. Por ejemplo, podría invocarse con motivo de una comunicación directa de un juez extranjero a su par argentino para que éste le ayude a determinar la vigencia y el contenido del derecho argentino aplicable a un caso que se sustancia en el país del juez requirente. El adjetivo "amplia" acompañando a la obligación de cooperación puede aplicarse tanto al espectro material abarcado como a la extensión de las actividades exigidas al juez. Debe tenerse en cuenta que en lo relativo a la cooperación en materia de restitución internacional de niños, el art. 2642 contiene una modulación específica de la obligación aludida.

Finalmente, cabe resaltar dos puntos importantes. Por un lado, la norma sólo hace alusión a los jueces en cuanto sujetos obligados por el mandato de cooperación. Es de suponer, no obstante, que la misma obligación recae sobre cualquier otra autoridad con un ámbito de competencia en materia civil, comercial o laboral a la cual se solicita cooperación desde el extranjero. Por otro lado, la cooperación dispuesta en este artículo es incondicional. La misma debe prestarse sin que sea exigible ningún tipo de reciprocidad de parte de las autoridades extranjeras.

III. JURISPRUDENCIA

La Cámara, citando a A. Pardo, sostiene que "los Estados reconocidos bajo las normas del Derecho Internacional público viven en una comunidad jurídica que no significa solamente coexistencia de ordenamientos, sino también cooperación y solidaridad y que esta situación de interdependencia jurídica se constituye para proteger con los valores seguridad y justicia el tráfico jurídico internacional, indispensable para la convivencia y las necesidades de los pueblos; y reflexiona el autor que vengo citando que este coexistir en el orden internacional con el objeto de asegurar valores elementales trae como consecuencia que cada Estado respete y valore la situación jurídica nacida bajo otro ordenamiento... En los albores del nuevo milenio es imprescindible reforzar, a ultranza, coexistencia, cooperación y especialmente respeto por las decisiones jurisdiccionales de otros Estados" (CCiv. y Com. Morón, sala 2ª, 21/6/2005, www.scha.gov.ar/falloscompl/Camara/Inter/2005/Mo/000252523.doc).

Art. 2612.— Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades

des extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.

Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Lo dicho respecto de los artículos anteriores es también, *mutatis mutandis*, aplicable en este caso, referido en general a las medidas de mero trámite y probatorias.

II. COMENTARIO

La elección exclusiva del exhorto como medio para vehiculizar las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras podría haber estado acompañada de una descripción de los mecanismos concretos de transmisión de aquél. Esto hubiera sido útil sobre todo tomando en cuenta que esta norma entrará en juego en ausencia de convención internacional aplicable.

El párrafo segundo contiene dos cualidades y dos condiciones para el cumplimiento en Argentina de medidas solicitadas desde el extranjero. Las cualidades son la oficialidad y la celeridad, dentro de lo que esto signifique según el derecho local aplicable. Las condiciones son que la resolución no afecte el orden público internacional argentino y que, de corresponder, el solicitante cubra los gastos motivados por el cumplimiento de la cooperación. El juez deberá ser muy estricto en la interpretación y aplicación de ambas condiciones, considerando el carácter fuerte de la obligación de cooperación a su cargo. Obviamente, el control de la competencia del juez extranjero solicitante no es admisible en estos casos, salvo que pudiera interpretarse que su intervención vulnera el orden público internacional argentino.

CAPÍTULO 3
PARTE ESPECIAL
SECCIÓN 1ª
PERSONAS HUMANAS

Por ALEJANDRO A. MENICOCCHI Y MARIEL C. RABINO⁽¹⁾

Bibliografía sobre la reforma: MENICOCCHI, ALEJANDRO A., "El régimen internacional jusprivatista sobre la capacidad de la persona humana en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación - Los problemas derivados del *favor negotii*", ED, 5/3/2014, ps. 1 y sigtes.

Bibliografía clásica: Ver bibliografía general citada al comienzo del Título IV. BARATTA, ROBERTO, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiares", *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, ps. 294 y sigtes.; BLANCO, SANDRA, "Diversos aspectos de la determinación de la ley del estatuto personal. Influencia en la personalidad jurídica de la persona física desde su comienzo hasta su extinción", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XX, 2011, ps. 21 y sigtes.; BLANCO, SANDRA - BLANCO, SANDRA M., "Alcance de la tutela jurídica de la adquisición y modificación de nombre ante desplazamientos migratorios. Breves análisis del impacto del cambio de nombre en la Ley de Identidad de Género argentina en el Derecho Internacional", ponencia presentada al XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional", Rosario, 15 al 17 de noviembre de 2012; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Los significados de la residencia habitual y el domicilio del menor", *Boletín de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nro. 7, Facultad de Derecho de la UNR, 1986, ps. 107 sigtes.; *id.*, "Reflexiones sobre el nombre de las personas físicas en el DIPr. Argentino", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, IX, 1999, ps. 45 y sigtes.; *id.*, "El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el DIPr.", *Revista del Colegio de Abogados*, Rosario, nro. 12, 2ª época, noviembre 1977, ps. 117 y sigtes.; *id.*, "Un caso planteado con claridad y acertadamente resuelto", JA, 2002-I-826;

(1) ALEJANDRO A. MENICOCCHI (arts. 2613-2617) y MARIEL C. RABINO (arts. 2618-2620).

FERMÉ, Eduardo L., "El nombre de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1999, ps. 23 y sigtes.; MARTÍNEZ DE SAN VICENTE, JULIO, "Los incapaces y su protección en DIPr. argentino", *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas*, año VII, nro. 14, 1958, Rosario, ps. 63 y sigtes.; MENICOCCHI, ALEJANDRO A., "El estatuto de la persona humana: del domicilio y la nacionalidad a la autonomía conflictual y material", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXI, año 2012, ps. 47 y sigtes.; id., "El interés superior del niño: su localización en la residencia habitual. A propósito de las convenciones relativas a los aspectos civiles de la sustracción y restitución de menores", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año I, nro. 2, La Ley, Buenos Aires, octubre 2009, ps. 3 y sigtes.; OYARZÁBAL, MARIO J., *Ausencia y presunción de fallecimiento en el Derecho Internacional Privado*, Abaco, Buenos Aires, 2003; id., "El inicio y el fin de la existencia de las personas humanas en el Derecho Internacional Privado", ED, 6/1/2005; id., "Observaciones generales sobre el estatuto personal en el Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho*, nro. 14, año 2004, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, ps. 165 y sigtes.; id., "La capacidad en el derecho internacional privado argentino", JA, 2004-III, nro. 13, ps. 3 y sigtes.; id., "El nombre y la protección de la identidad. Cuestiones de derecho internacional público y privado", *Prudentia Iuris*, nro. 58, mayo 2004, ps. 73 y sigtes.; PEREYRA, LUIS CRUZ, VICARIO, ROBERTO - MANTELLI, MAURICIO, "La fragilidad del estatuto personal en la protección de los Adultos Mayores. Implicaciones transfronterizas", ponencia presentada al XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional", Rosario, 15 al 17 de noviembre de 2012; PÉREZ MORENO, GABRIELA, "La Protección Internacional de los Adultos: hacia una nueva categoría dentro del Estatuto Personal", ponencia presentada al XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional", Rosario, 15 al 17 de noviembre de 2012; RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 369 y sigtes.; RUBAJA, NIEVE, *Derecho Internacional Privado de Familia - Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

Art. 2613.— Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene:

- a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él;
- b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Vélez Sarsfield estableció una extensa casuística relativa al domicilio (arts. 89 a 101, Cód. Civil), cuyas calificaciones se utilizan en el DIPr. para calificar el punto de conexión. En este régimen, el domicilio general comprende el domicilio legal, el de origen, el real y el especial. El art. 89 refiere al domicilio real como aquel lugar donde la persona tiene establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios. Por domicilio de origen se califica al domicilio del padre en el día del nacimiento de los hijos. El domicilio general presenta las siguientes notas características: *legal, necesario y único*. *Legal*, al ser impuesto por la ley tomando en cuenta ya el elemento material (*corpus*), ya el intencional (*animus*). *Necesario*, en tanto una persona no puede carecer de domicilio. *Único*, pues no se puede tener más de un domicilio. El domicilio general es determinado por la ley para los derechos y obligaciones de la persona. El domicilio legal se define como aquel lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones (art. 90 Cód. Civil). Los nueve incisos enuncian diferentes supuestos de domicilio legal, aunque se introducen promiscuamente, el domicilio de personas jurídicas (incs. 3º y 4º), incluyendo matices a la calificación general del art. 44 del mismo Código. Al domicilio general se le opone el domicilio especial, con efectos limitados a ciertas relaciones jurídicas. Comprende esta categoría, entre otros, el domicilio convencional o de elección, el procesal o constituido, el domicilio conyugal, el domicilio de la mujer casada, el de las sucursales. El art. 95 de la ley 20.957 dispone que los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación que desempeñan funciones en el exterior conservan su domicilio en la República.

La importancia del domicilio en nuestro DIPr. radica en dos circunstancias: la atribución de jurisdicción internacional a los jueces argentinos y la determinación del derecho aplicable a las materias del estatuto personal (Goldschmidt). El derecho domiciliario está llamado a regir —con mayor o menor intensidad— la capacidad de la persona (arts. 6º, 7º, 948 Cód. Civil), el comienzo y fin de su existencia, el nombre, los derechos reales sobre bienes muebles sin situación permanente (art. 11, Cód. Civil), los contratos sin lugar determinado de celebración ni cumplimiento (arts. 1212 y 1213, Cód. Civil), los efectos personales y patrimoniales del matrimonio (con el aditamento de "efectivo", art. 162, y "primer", art. 163, respectivamente, Cód. Civil) y el régimen sucesorio (el "último" domicilio del causante, arts. 3283 y 3612 Cód. Civil).

En los TMDCI 1889 y 1940, el domicilio es también el punto de conexión principal en materia de estatuto personal. En el TMDCI 1889, la calificación del domicilio se desprende del lugar donde reside la persona (art. 5º). Otras disposiciones establecen calificaciones autárquicas, v.gr.,

domicilio de los padres, tutores y curadores (art. 6°), incapaces (art. 7°) y conyugal (art. 8°). En el TMDCI 1940, la calificación del domicilio se determina según la residencia habitual (art. 5°, inc. 1°) y, a falta de ésta, la residencia habitual ocupa el lugar del domicilio (art. 5°, inc. 2°). El centro principal de los negocios se postula como calificación subsidiaria (art. 5°, inc. 3°) y la simple residencia opera, finalmente, como conexión residual (art. 5°, inc. 4°).

La calificación dada por el legislador a determinados domicilios especiales provocó a lo largo de la historia no pocos desajustes entre la situación legal y la real (Fernández Arroyo), conspirando dicha distorsión contra la finalidad de vincular a la persona con el derecho del Estado donde se encontraba con carácter más o menos estable. Le cupo a la jurisprudencia, en una labor realmente creativa, corregir tales deformaciones para vincular el concepto con su realidad fáctica.

Las fuentes invocadas para este artículo son el Código Civil argentino: art. 90 inc. 5°; la Ley Federal suiza de DIPr, art. 20; PC DIPr 2003, art. 6°, inc. b); Código belga de DIPr, art. 4.2.1; el TMDCI 1940, art. 5°.

II. COMENTARIO

1. El domicilio como conexión principal en materia de estatuto personal

El precepto en comentario se intitula "domicilio de la persona humana". La denominación es plausible, ya que la persona humana cuenta con atributos asegurados por el Derecho Internacional Público de los que carece —en principio— la persona jurídica. Por otro lado, la tendencia mayoritaria en el derecho comparado es abandonar la conexión domiciliaria para la persona jurídica y someterla a la ley del lugar de su constitución (o incorporación).

La proposición establece una calificación "a los fines del derecho internacional privado". Por "fines del derecho internacional privado" han de entenderse la determinación de la jurisdicción internacional en las acciones personales y el derecho aplicable a las materias sometidas a la ley domiciliaria o a la ley de la residencia habitual (en general, aquellas que integran el estatuto personal). Ello es consecuencia de la autonomía del derecho internacional privado que se mantiene aun cuando ha sido integrada parcialmente al Código Civil y Comercial. En efecto, hemos de utilizar la calificación del art. 2613 del Código para obtener la calificación de la conexión domiciliaria y evitar recurrir a las definiciones de los arts. 73 a 78 del mismo cuerpo, aplicables a las relaciones jurídicas domésticas.

La norma integra el elemento objetivo y subjetivo. El *corpus* es el Estado en que reside la persona; el *animus* es la intención de establecimiento.

La residencia habitual —lugar donde habita ordinariamente una persona y establece vínculos durables— y la simple residencia —lugar donde la persona se encuentra sin intención de establecimiento— funcionan como conexiones subsidiarias en ausencia de domicilio conocido.

2. Fundamento común

La inalterabilidad del estado de la persona humana y el decisivo rol que en ello cumplía el orden público determinó que la aplicación del derecho extranjero a los casos mixtos no dependiese enteramente de la voluntad del sujeto. El estatuto personal se somete al derecho que surja de una vinculación política (nacionalidad) o cultural (domicilio). Si bien tales conexiones no son pétreas (ambas son susceptibles de mutación), su establecimiento depende de ciertas condiciones de satisfacción por la persona de conformidad al derecho del Estado cuya aplicación se pretende (obtención de la nacionalidad o del domicilio).

La nacionalidad tuvo gran difusión debido al éxito de la escuela italiana (Mancini) y fue adoptada pacíficamente por los sistemas iusprivatistas de Europa continental. Desde el punto de vista metodológico, ésta parece brindar mayor previsibilidad que la conexión domiciliaria. A favor de la nacionalidad milita la concepción publicista del DIPr., con la finalidad de extender la aplicación de la propia ley por los países de emigración, sea cual fuere el lugar de radicación de la persona. En una oposición casi irreconciliable entre los sistemas iusprivatistas internacionales (la "cortina de hierro del derecho internacional privado", según Ballarín), los países americanos acogieron la conexión domiciliaria. Estos últimos —históricamente Estados de inmigración— construyeron sus sistemas sobre la ley domiciliaria, aplicando derecho local a una población integrada principalmente por extranjeros. No es casual que los Estados europeos, al revertir su rol de *emigración* a *inmigración*, hayan revitalizado el reenvío en las materias relativas al estatuto personal (Fernández Arroyo). Axiológicamente, el domicilio es más afín que la nacionalidad a las cuestiones de naturaleza privada (Goldschmidt). El derecho internacional privado es un instrumento por el cual la humanidad defiende su unidad y diversidad cultural más allá de las divisiones políticas de los Estados (tan caras a los cartógrafos, como decía Borges). La idoneidad de la aplicación de la ley domiciliaria radica en mantener al hombre dentro del derecho que le impone su circunstancia próxima.

Los sistemas iusprivatistas internacionales carecen de un concepto unívoco de domicilio. Ello ha determinado que en los últimos cincuenta años se afianzara la conexión *residencia habitual*. Ésta se asimila al domicilio de hecho y, por ende, sitúa a la persona en su medio real (ele-

mento objetivo), evitando las estrías normativas provocadas por la calificación del domicilio. Al mismo tiempo, recoge el ánimo de la persona de vivir donde se encuentra (elemento subjetivo). La residencia habitual es, por otro lado, más afín a los constantes desplazamientos propios de la persona física que, en nuestro tiempo, no necesariamente vienen acompañados por una mutación normativa (adopción de un nuevo domicilio).

La unidad del domicilio implica la unidad del derecho aplicable a las materias a él subordinadas.

3. Naturaleza jurídica. Caracteres

El domicilio es un punto de conexión, a la sazón, *el instrumento técnico que nos permite localizar definitivamente la situación jurídica o un aspecto de la misma que recibe elementos extranjeros* (Pardo). El precepto en comentario y los dos que le siguen constituyen calificaciones autárquicas de domicilio, el principal punto de conexión en materia de estatuto personal. Se abandona la dependencia antifuncional de derivar la calificación del derecho civil.

III. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia sobre domicilio en materia de DIPr. es la misma que la jurisprudencia en materia de derecho civil, habida cuenta de la dependencia funcional señalada. La norma en comentario podrá generar una jurisprudencia propia.

Art. 2614.— Domicilio de las personas menores de edad. El domicilio de las personas menores de edad se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en Estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.

Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código de Vélez estableció el domicilio de las personas menores de edad en aquél de sus representantes legales (art. 89, inc. 6º, Cód. Civil).

La aplicación del derecho domiciliario supone la convivencia de ambos representantes legales en un mismo Estado. Por el contrario, la norma es insuficiente y conduce a resultados equívocos cuando los representantes legales se domicilian en Estados diferentes y la representación legal es conjunta o indistinta.

El TMDCI 1889 adoptó la misma regla que el codificador (art. 7º). Sin embargo, los padres, tutores y curadores tienen su domicilio en el territorio por cuyas leyes se rigen las funciones que desempeñan (art. 6º), por lo cual "la vinculación entre ambas disposiciones enhebró la determinación del domicilio de los incapaces en una cadena de referencias de insospechados alcances" (Alfonsín). En efecto: el menor de edad tiene el domicilio de su padre o de quien ejerce la patria potestad (art. 7º), pero su padre tiene el domicilio en el Estado cuya ley regula la patria potestad (art. 6º). La patria potestad se somete, en lo relativo a los derechos y deberes personales, a la ley del lugar donde se ejerce (art. 14). Esta cadena de sucesivas conexiones no conduce a ningún resultado satisfactorio. El TMDCI 1940 corrigió aquel laberinto, disponiendo que el domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, tutela o curatela, es el de sus representantes legales y el de éstos, el lugar de su representación (art. 7º). Por lugar de representación debe entenderse el lugar donde radica la jurisdicción que discierne la tutela o la curatela que vigila la representación, o sea, la sede del Ministerio Pupilar (Orchansky).

Las fuentes invocadas para este artículo son: Proyecto de Ley General de DIPr., Uruguay, art. 16 inc. 1º; Proyecto de Ley Modelo DIPr., México, art. 9º.

II. COMENTARIO

1. El domicilio de las personas menores de edad

El precepto mantiene, en principio, la solución del Código de Vélez, calificando como domicilio de las personas menores de edad aquél de quienes ejercen la responsabilidad parental o la tutela. Este derecho decidirá si el ejercicio es plural, conjunto o indistinto, o único. Sin embargo, no califica a los menores como incapaces.

Si de conformidad al derecho domiciliario de quienes ejercen la responsabilidad parental el ejercicio de aquélla es plural y los titulares se encuentran domiciliados en Estados distintos, la residencia habitual del menor desplaza a la conexión domiciliaria evitando la eventual aplicación de soluciones disímiles. Basta, a nuestro juicio, que el derecho de uno solo de los Estados donde se domicilien quienes ejerzan la responsabilidad parental establezca el carácter plural de aquélla.

La disposición se enmarca dentro de un derecho que tiene como protagonista al niño, niña o adolescente, en la finalidad tuitiva ya contenida en la ley 26.061 e, *inter alia*, en la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 20/11/1969), la Convención de La Haya de 1980 y CIDIP sobre Restitución Internacional de Menores (Montevideo, 1989).

Una disposición material priva de efectos a la constitución de domicilio derivada del traslado o retención ilícitos: los niños y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos. La aclaración es útil y armoniza el derecho de fuente interna con convenciones internacionales que pretenden evitar que la constitución de domicilio efectuada con posterioridad a un traslado (o retención) ilícitos por quien ejerce un derecho sobre el menor, obtenga sobre él potestades que modifiquen el estatus preexistente a la retención o sustracción ilícitos. Como afirma Rubaja, "se trata de combatir la posibilidad de que los individuos puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que los favorezca".

2. Fundamento común

Cuando el ejercicio de la responsabilidad parental se desenvuelve en el mismo Estado en que se domicilian los titulares de aquélla y reside el menor de edad, es imperativo someterla al derecho común a responsables y niño, que, por las razones ya vistas, es el derecho domiciliario de los primeros. Sin embargo, cuando el domicilio de los titulares de la responsabilidad parental no es común, la norma prioriza la circunstancia vital o centro de vida del menor de edad, en una derivación inequívoca de que será este último derecho aquel que tiene mayor proximidad con el interés superior del niño.

La misma finalidad inspira la última parte de la norma y su introducción en el derecho de fuente interna era necesaria. Las convenciones relativas a los aspectos civiles derivados de la sustracción internacional de menores no son convenciones universales (esto es, aplicables a todos los casos relativos a menores de edad) sino comunes (o sea, vinculantes exclusivamente con los Estados que las han ratificado). Al impedir el derecho de fuente interna la obtención de efectos del derecho domiciliario constituido con posterioridad a la sustracción o retención ilícitas, esta privación de efectos se hace expansiva para todos los casos multinacionales.

3. Naturaleza jurídica. Caracteres

La norma constituye una calificación autárquica del domicilio de los menores de edad, sometidos a responsabilidad parental, que carecen de

la posibilidad de constituir por sí mismos su propio domicilio. Por tal razón y en principio, el domicilio de aquéllos es el domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental. La residencia habitual como conexión que desplaza a la tradicional conexión domiciliaria tiene más apego a la realidad fáctica y menos carga cultural que el domicilio del menor (Ciuro Caldani), privilegiando el interés superior del niño. También encuentra su fundamento en la competencia natural que tienen los tribunales de la residencia habitual del niño en lo referido al ejercicio de la responsabilidad parental.

III. JURISPRUDENCIA

1. La expresión "residencia habitual" se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores. Un Estado no puede invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la resolución, frustrara o vaciara de contenido el sistema de las Convenciones (CSJN, 14/6/1995, Fallos 318:1269; LA LEY, 1996-A, 260; DJ, 1996-1-387).

2. La "residencia habitual" a partir de la Conferencia de La Haya, otorga particular énfasis a la situación de hecho y concreta del menor, en sustitución del concepto de "domicilio", de mayor rigor formal en su caracterización (SCBA, 15/7/2009, RDF, marzo/abril 2010, nro. 45, Abeledo-Perrot, p. 191, con comentario de Lorena Greselin).

Art. 2615.— Domicilio de otras personas incapaces.
El domicilio de las personas sujetas a curatela u otro instituto equivalente de protección es el lugar de su residencia habitual.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código de Vélez y los TMDCI 1889 y 1940 establecieron el domicilio de los menores e incapaces en el domicilio de quienes ejercían, respectivamente, la patria potestad, tutela o curatela (art. 89 inc. 6º, Cód. Civil, art. 7º de ambos tratados). El centro de gravedad de la protección del incapaz se localiza en el domicilio de su representante, de suerte tal que la disociación espacial entre representantes y protegidos obligaba a los jueces a atender al derecho domiciliario de los primeros. En tales condiciones, el incapaz menor de edad y demente residente en el extranjero cuyo padre se domiciliaba en nuestro país, mantenía el domicilio argentino de su padre aun después de la muerte de aquél y aun cuando hubiera cesado la insania mientras siguiera siendo menor de edad (CCiv. 1ª Capital, sala 1ª, 19/7/1932, "Zucker, Carlos Octavio, JA, 38-1045). Esta

solución no se presenta como muy satisfactoria, pero se encolumna dentro de la filosofía general de la legislación de su época, en la cual menores e incapaces carecían del protagonismo que alcanzaron en la actualidad.

La norma en comentario cambia el asiento o sede (*Sitz*) del problema, ubicándolo en la situación real, fáctica y próxima del sujeto necesitado de protección al calificar como su domicilio al lugar donde existe su residencia habitual.

Las fuentes de este artículo son: Ley de DIPr. Venezuela, 1998, art. 13; PCDIPr 2003, art. 6º, inc. e); Proyecto de Ley General de DIPr., Uruguay, art. 16, inc. 2º.

II. COMENTARIO

1. El domicilio de otras personas incapaces

La persona humana puede necesitar protección. Tradicionalmente la categoría de personas sujetas a protección se integraba con los menores, mayores anormales y ausentes, y sus respectivos institutos: tutela, curatela y declaración de ausencia y fallecimiento. El agrupamiento en una única conceptualización bajo la premisa de considerarlos incapaces, *in genere*, era defectuoso. En primer término, los ausentes no son, técnicamente, incapaces: sencillamente son inactivos en el lugar donde se presume se encuentran o han desaparecido. En segundo término, otras personas pueden necesitar protección sin necesariamente ser incapaces, como en el caso de los refugiados, apátridas y ciertos mayores adultos (personas que padecen de adicciones, pródigos, ancianos o disminuidos levemente en sus facultades).

La norma en comentario refiere al domicilio de *otras personas incapaces*. Al referir a *otras* está excluyendo a aquel domicilio que ya ha sido calificado autárquicamente, esto es, el de las personas menores de edad. Sin embargo, los menores de edad no son definidos como incapaces en el artículo que precede (2614), aunque sí son referidos como tales, en forma elíptica, en el art. 2640. Por exclusión y habida cuenta de su carácter residual ("otras personas incapaces"), la norma califica el domicilio de los sujetos a curatela y otro instituto equivalente de protección.

A pesar que la disposición se intitula "domicilio de otras personas incapaces", hemos de aplicarla también a aquellos institutos de protección que no suponen, necesariamente, una declaración de incapacidad. Recordamos, en tal sentido, las inhabilitaciones del art. 152 bis incorporadas a nuestro régimen por la ley 17.711 o la Recomendación R (99) 4 del Consejo de Europa sobre los principios relativos a la protección jurídica de los incapaces mayores (Comité de Ministros, 23/2/1999). Tales insti-

tutos imponen una revisión del modo tradicional de identificar al sujeto protagonista de la protección y del alcance de la propia categoría jurídica: no puede hablarse ya con propiedad de la protección de incapaces, sino que es preferible hablar de la protección de adultos (Pérez Moreno). En estos casos, la finalidad tuitiva de la norma impone priorizar la calificación domiciliaria específica del necesitado de protección (art. 2615), desplazando la norma general (art. 2613).

2. Fundamento común

La protección de las personas es una cuestión de hecho, habida cuenta de que cada sistema jurídico evaluará cuál es el grado de aptitud de un ser humano para desenvolverse por sí mismo y otorgar, en mayor o menor medida, mecanismos de cuidado. La residencia habitual del incapaz otorga una proximidad de la que carece el domicilio del representante, cuando ambos (incapaz y protector) no se domicilian en el mismo Estado. El precepto se inclina por privilegiar la circunstancia real en la que se encuentra el incapaz calificando su domicilio como el lugar de su residencia habitual.

III. JURISPRUDENCIA

Ann cuando el domicilio del curador se encuentre en el extranjero y la declaración de insania haya sido dispuesta en el extranjero, los tribunales nacionales son competentes para decretar medidas conservatorias urgentes, adoptar otras en forma subsidiarias e, inclusive declarar el levantamiento de una interdicción por insania si la residencia habitual del declarado insano se encuentra en la República Argentina (CCiv. Cap., sala B, 16/9/1957, JA, 1958-III, 463 y sigtes., con nota de Werner Goldschmidt).

Art. 2616.— Capacidad. La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio.

El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Los arts. 6º, 7º y 948 del Código de Vélez someten la capacidad e incapacidad de las personas a la ley domiciliaria. Estos preceptos hablan de "capacidad" sin distinguir entre capacidad de derecho y capacidad de hecho. El art. 9º declara que las incapacidades dictadas contra las "leyes de la naturaleza" son meramente territoriales. A pesar de la extensión de la ley domiciliaria establecida en los preceptos anteriores,

el art. 949 refiere a la capacidad de derecho y la somete a las "leyes" del Código. La interpretación literal de estas disposiciones permite afirmar que cuando hablamos de capacidad de ejercicio, la ley aplicable es la ley del domicilio, mientras que, en lo atinente a la capacidad jurídica, se impone la ley argentina. Sin embargo, la doctrina no es pacífica al respecto. Mientras algunos autores se pronuncian por la interpretación literal de los textos, la mayoría postula, sin restricciones, la aplicación de la ley domiciliaria tanto a la capacidad de hecho como a la capacidad de derecho.

Asumiendo que capacidad e incapacidad de derecho y de hecho se someten, ambas, a la ley domiciliaria, cabe preguntarse cuál es el ámbito de aplicación material del art. 949 del Código de Vélez. Dado que el propio artículo califica las incapacidades (*rectius*, prohibiciones especiales) como "estatuto personal" no es lícito entender que "las leyes de este código" autorizan el reenvío interno a las materias reguladas (Boggiano). Se trata, a nuestro juicio, de una norma de aplicación exclusiva, fundada en razones de orden público y, por lo tanto, de aplicación restrictiva.

El derecho argentino puede intervenir cuando la incapacidad derivada de la ley extranjera es contraria al orden público (art. 14, inc. 2º, Cód. Civil) o corregirla por el principio *favor negotii* (art. 14, inc. 4º, Cód. Civil).

Los arts. 138 y 139 del Código Civil refieren al cambio de estatutos o conflicto móvil. Con respecto al primero, remitimos al comentario del art. 2617 efectuado a continuación. El art. 139 enfoca la situación del mayor o menor emancipado según su ley domiciliaria extranjera, capacidad adquirida que se mantiene aunque no sea conforme a la ley local. Este último precepto responde a la tesis savigniana de los derechos adquiridos. Si bien la norma no habla del domicilio ulterior a la República Argentina, la conclusión se impone (arts. 6º, 7º y 948 Cód. Civil). Las disposiciones de los arts. 138 y 139 son multilateralizables: así, si un menor conforme a las leyes locales viaja a un Estado en donde adquiere su domicilio y en virtud de este último derecho domiciliario obtiene la capacidad plena, en caso de regresar a nuestro país (donde —conforme a nuestras leyes— seguiría siendo menor) mantiene la capacidad adquirida en el Estado extranjero de su anterior domicilio.

Los TMDCI 1889 y 1940 someten la capacidad de derecho y de hecho, sin distinción, a la ley domiciliaria (art. 1º de ambos tratados). También reproducen la solución del art. 139 del Código de Vélez (art. 2º de ambos tratados)

Las fuentes de este artículo son: Código Civil, Argentina, arts. 6º, 7º, 138 y 139; PCDIPr. 2003, art. 47; Ley Federal sobre DIPr., Suiza, art. 35; Código Civil de Quebec, Libro X, art. 3083.

II. COMENTARIO

1. La capacidad de las personas físicas en el derecho internacional privado

La persona humana es titular de derechos y de obligaciones. Esta titularidad se identifica con la capacidad de derecho, afianzada por el derecho internacional público en Tratados Universales de Derechos Humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 30/3 a 2/5/1948) consagra el derecho de toda persona a la personalidad jurídica (art. 17). Análoga disposición encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 10/12/1948) imponiendo la personalidad jurídica a todo ser humano (art. 6º). La norma se reitera en el art. 3º de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 22/11/1968) y en el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 16/12/1976). Este contenido mínimo de derecho material subordina la discrecionalidad y tratamiento que de la materia pueden hacer los derechos domésticos.

La primera parte del precepto somete la capacidad jurídica (o de derecho) y la capacidad de obrar (o de ejercicio) a la ley domiciliaria. Se elimina así la contradicción entre las disposiciones del Código de Vélez y se reconcilia el derecho de fuente interna con el de fuente convencional. Si bien el precepto no contiene las limitaciones del Código de Vélez a determinadas incapacidades contrarias "a las leyes de la naturaleza", tales incapacidades pueden ser fulminadas por principios de orden público (art. 2.600) que, como vimos, encuentran su raíz positiva en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Nada dice el precepto sobre prohibiciones especiales, por lo cual la ausencia de norma general en la sección "Personas humanas" las margina de su calificación como estatuto personal e implica la remisión a la ley aplicable que regula tales materias. Ejemplificando: las prohibiciones sobre convenciones prenupciales establecidas en el art. 447, sólo serán aplicables si el régimen de bienes aplicable al matrimonio es establecido por el derecho argentino, no así si resultan válidas conforme a un derecho extranjero. Otras prohibiciones especiales pueden estar inspiradas en principios de orden público argentino y, por ende, llevan a descartar (total o parcialmente) la aplicación del derecho extranjero (v.gr., la prohibición al tutor de celebrar con su tutelado los actos prohibidos a los

padres para con los hijos menores de edad; art. 120), si éstos conspiran contra el interés superior del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, 20/11/1969, art. 18).

El precepto culmina con el tratamiento del conflicto móvil, disponiendo que el cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida. Se omite, en cambio, la solución *a favor de la capacidad adquirida ex post* por el nuevo domicilio, recogida en el art. 138 por el codificador.

2. Fundamento común

La capacidad de las personas humanas es la primera subcategoría del estatuto personal. Por las razones expuestas en el comentario al art. 2613, es ineludible la aplicación de la ley domiciliaria. La capacidad de derecho hace a la esencia de la persona humana, al reconocimiento de ser sujeto de derecho. La capacidad de hecho refiere a las posibilidades de ejercer, por sí misma, los derechos que la ley le reconoce a una persona.

A diferencia de la incapacidad de derecho, que no puede ser absoluta porque implicaría la negación misma de la personalidad, la incapacidad de hecho puede ser total o parcial. Es la comunidad en la que la persona humana se domicilia aquella que está en mejores condiciones de establecer quiénes y en qué medida pueden ser calificados como incapaces de hecho y establecer, en tal sentido, los mecanismos de protección adecuados.

III. JURISPRUDENCIA

1. Quien siendo menor según las leyes del domicilio extranjero de sus padres, es mayor según la ley argentina, país donde reside, ha alcanzado la mayoría de edad (CCiv. Cap., sala 2ª, 7/5/1942, LA LEY, 26-573; IA, 1942-II-789).

2. Quien siendo menor según la ley argentina del domicilio de sus padres, es mayor de conformidad a la ley domiciliaria del país donde reside, ha alcanzado la mayoría de edad (CCiv. Cap., sala C, 30/12/1957, JA, 1958-IV, 27, con comentario de Werner Goldschmidt).

Art. 2617.— Supuestos de personas incapaces. La parte en un acto jurídico que sea incapaz según el derecho de su domicilio, no puede invocar esta incapacidad si ella era capaz según el derecho del Estado donde el acto ha sido celebrado, a menos que la otra parte haya conocido o debido conocer esta incapacidad.

Esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 138 del Código de Vélez se inspiró, parcialmente, en la doctrina de la defensa nacional recogida en la sentencia francesa "Lizardi" (*Cour de Cassation*, 18/1/1861). Se trató, en este caso, de un mexicano menor de edad conforme su ley nacional, que compró joyas en París y opuso, frente a la pretensión de cobro, su incapacidad. La Corte no hizo lugar a la postulación del demandado en protección de sus nacionales franceses. El codificador, fiel a su estilo liberal y cosmopolita, no restringió el precepto —plausiblemente— a los argentinos. El art. 138 contempla el cambio de domicilio de un menor o mayor no emancipado a la República, que ha constituido el domicilio en nuestro país y, por ende, deviene mayor o emancipado si lo es de acuerdo a la ley argentina. El punto crítico radica en que el menor carece, según su anterior derecho domiciliario, de la posibilidad de cambiar su domicilio (que, a la sazón, es el domicilio de sus representantes). Sin embargo, la ley domiciliaria argentina opera *ex post*, cuando la residencia con el ánimo de permanecer en la Argentina habilita esta posibilidad.

Los TMDCI 1889 y 1940 carecen de una norma semejante al art. 138 del Cód. Civil. Tampoco se reproduce una solución análoga en la norma en comentario.

Las fuentes de este artículo son: Código Civil, Argentina, arts. 138 y 139, PCDIPr. 2003, art. 47; Ley Federal sobre DIPr., Suiza, art. 36; Código Civil de Quebec, Libro X, art. 3086.

II. COMENTARIO

1. Consideraciones preliminares

1.1. El art. 2617 contiene dos normas jurídicas. La primera establece la imposibilidad de alegar la propia incapacidad por el incapaz que es parte en un acto jurídico, a menos que la contraparte haya conocido o debido conocer esta incapacidad (excepción a la posibilidad de alegar la propia incapacidad). La segunda norma es una limitación (ya veremos a cuáles de las reglas precedentes, esto es, al principio general o a la regla de excepción) que opera cuando el acto jurídico versa sobre derecho de familia, derecho sucesorio o derechos reales inmobiliarios.

1.2. La norma en estudio no distingue sobre el carácter de la incapacidad (de derecho o de hecho). Tampoco distingue las causas de la inca-

pacidad en los incapaces de hecho. Literalmente, la extensión del precepto es tan amplia, que abarca tanto a los incapaces de derecho (*rectius*, personas a las que se les prohíbe realizar determinados actos) como a los incapaces de hecho (niños, niñas o adolescentes, insanos, personas bajo algún instituto de protección). Como consecuencia de tal extensión, la *lex loci celebrationis* impide invocar la propia incapacidad al incapaz tanto si la incapacidad es de derecho (y, por ende, el acto jurídico es nulo, en principio, de nulidad absoluta) como si la incapacidad es de hecho (y, por ende, el acto jurídico adolece de nulidad relativa). En suma, el precepto establece una excepción a la incapacidad resultante de la aplicación del derecho domiciliario por aplicación del derecho del Estado en el cual se celebró un acto jurídico, conforme al cual, el incapaz aparenta capacidad.

1.3. La primera regla del art. 2617 difiere en varios sentidos del art. 138 del Código de Vélez. El codificador convirtió el domicilio argentino del menor o mayor no emancipado (incapaz de acuerdo al derecho extranjero) en un domicilio que otorgaba la plena capacidad de hecho, capacidad con la cual el menor o mayor no emancipado no contaba según su anterior derecho domiciliario. Ergo, excluía toda incapacidad de derecho (o prohibición especial a la que estaba sometido el incapaz). En lo atinente a la incapacidad de hecho, sólo refería al supuesto de minoría de edad, sin abarcar otros tipos de incapacidad. La nueva establece que *la parte de un acto jurídico incapaz de acuerdo a su derecho domiciliario no puede invocar su propia incapacidad*. No explica para qué se estipula la limitación a la invocación de la propia incapacidad, aunque es razonable entender que la finalidad de la norma es prohibir la invocación de la propia incapacidad para obtener la ineficacia de un acto jurídico, en aplicación del principio *nemo auditur qui propriam turpitudinem alegans*. La nueva norma tampoco exige que exista domicilio en la República Argentina del incapaz, ni consagra una capacidad adquirida en el lugar donde se celebra el acto. Simplemente, privilegiando la estabilidad del negocio jurídico, impide que la incapacidad derivada del derecho domiciliario (de derecho o de hecho) pueda ser invocada por el incapaz para privar de eficacia al acto jurídico.

1.4. La segunda parte de la primera proposición establece una excepción: permite que la incapacidad sea invocada por el incapaz cuando *la otra parte haya conocido o debido conocer esta incapacidad*. La excepción —por aplicación del mismo principio *nemo auditur*— es innecesaria y, como veremos más adelante, complica la inteligencia de todo el precepto cuando se la conjuga con la última norma del artículo. La fórmula “haya conocido o debido conocer” nos recuerda a las utilizadas en la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). Ella implica una aplicación del principio de buena fe, aunque más rigurosa. Frente a la invocación de

la propia incapacidad por el incapaz, no basta a la parte capaz alegar la ignorancia de la incapacidad surgida del derecho domiciliario del incapaz, sino también acreditar no encontrarse en una situación en la cual tal conocimiento se imponía como una obligación exigida por la trascendencia del acto jurídico: tal el alcance de la locución “haya... debido conocer esta incapacidad”. Si bien hemos afirmado que la fórmula haya conocido o debido conocer es utilizada en fuentes del derecho comercial internacional contemporáneo, no hay que olvidar que el derecho comercial es un derecho de clase (comerciantes), creado por los comerciantes y para los comerciantes (Galgano) cuyo ámbito de aplicación personal es más restringido y por tal razón, homogéneo (la comunidad de comerciantes). El precepto, en cambio, se integra en un código civil y comercial, donde el ámbito personal es mucho más amplio y, por ende, las razones de política legislativa que pueden llevar a una declaración de incapacidad son, también, mucho más heterogéneas. A los fines de rescatar la primacía del principio general (prohibir la propia invocación de incapacidad por el incapaz) sobre la excepción (conocimiento presumido u obligado de la incapacidad por la parte capaz) se impone una interpretación restrictiva de la excepción. El *conocimiento de la incapacidad* por la parte capaz sólo sería presumible en supuestos ostensibles (v.gr., insanía notoria) o de domicilio común con el incapaz (ya que el capaz no podría alegar la ignorancia de su propio derecho domiciliario). Por el contrario, resulta irrazonable exigir al contratante capaz el conocimiento de la ley aplicable a la capacidad de la persona con la cual contrata si esta incapacidad no es patente (v.gr., incapacidad derivada de la edad del incapaz) o se trata de una prohibición especial de orden público interno del derecho extranjero que el derecho domiciliario del capaz no contempla.

1.5. El precepto culmina con la siguiente proposición: “Esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios”. La locución “(E)sta regla” (en singular), está precedida, en el texto, por dos reglas (la general y su excepción). Por lo tanto, el precepto puede aludir tanto a la disposición general: “La parte en un acto jurídico que sea incapaz según el derecho de su domicilio, no puede invocar esta incapacidad si ella era capaz según el derecho del Estado donde el acto ha sido celebrado”, como a la excepción: “la propia incapacidad puede ser invocada por el incapaz contra la parte que haya conocido o debido conocer esta incapacidad”. Como se advertirá, los resultados de la hermenéutica son evidentemente opuestos y existen razones tan valederas para apoyar una u otra lectura de la norma, lo que aclaramos ejemplificando a continuación.

A (incapaz de acuerdo a su derecho domiciliario) celebra con B (capaz) un contrato de compraventa de un inmueble. Hay tradición de la cosa a favor de B. El contrato se celebra en el Estado C, conforme al cual A es persona capaz.

conformidad a la regla general (primera parte del precepto en comentario), A no podría invocar su propia incapacidad para obtener la ineficacia del contrato.

Ahora bien, supongamos que B conocía o debió conocer la incapacidad de A. A pretende prevalecerse de ello para declarar ineficaz el acto jurídico.

Si "esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios", refiere a la regla que prohíbe invocar la propia incapacidad, el negocio jurídico es ineficaz, en tanto pertenece al derecho real inmobiliario.

Si "esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios", refiere a la regla que admite la posibilidad de invocar la propia incapacidad ante el conocimiento de aquélla por el contratante capaz, el negocio jurídico es eficaz, pues pertenece al derecho real inmobiliario.

1.6. Tanto la primera excepción — "... a menos que la otra parte haya conocido o debido conocer esta incapacidad" — o la segunda — contenida en la disposición final "esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios" — conspiran contra el principio general que, claramente, tiende a afirmar la seguridad del tráfico y proteger la buena fe de las partes que intervienen en un acto jurídico. Las excepciones contenidas en la última regla, habida cuenta de su distinta naturaleza (derecho de familia, sucesorio o real inmobiliario) no coadyuvan a una aplicación uniforme de ésta en razón de su disímil fundamento.

2. Fundamento común

La internacionalidad creciente de los actos jurídicos puede acarrear claudicaciones acerca de su validez cuando se involucran cuestiones de capacidad y los derechos llamados a regularla son disímiles. Esta claudicación se puede tornar más frecuente cuando se admite el reenvío (art. 2596), esto es, cuando una parte es capaz conforme al derecho privado de su ley domiciliaria, pero el derecho internacional privado de su domicilio impone a la capacidad la ley nacional, conforme a la cual, la persona podría ser incapaz. En estos casos, el fundamento común es la seguridad del negocio jurídico y la protección al contratante de buena fe.

Siendo el fundamento de la regla general la seguridad del tráfico económico, ésta cede cuando hay mala fe del contratante. Sin embargo, su incorporación en la sección "Personas humanas" conduce a una interpretación multívoca del principio general: en lugar de ser una excepción

aplicable a los contratos ingresa como una excepción (sin serlo) a la regla de capacidad.

El fundamento de la última parte del precepto no es tan claro por la distinta naturaleza de las tres excepciones. El derecho de familia y el sucesorio son ramas jurídicas con mayor penetración del orden público. En tales casos, la seguridad del acto jurídico parece ceder ante materias de poca disponibilidad por la persona. El fundamento vendría dado, en tal circunstancia, por el orden público en que se sustenta la incapacidad de derecho (prohibición especial) del incapaz. En cambio, en materia de derechos reales inmobiliarios, pareciera que el fundamento obedece a la protección del propio incapaz, inspirándose la última parte del precepto en el brocardico "*res mobilis, res vilis*". Y ello es así porque no hay posibilidad de que en tales casos funcione el orden público (económico) en que se sustentan los derechos reales, ya que tal orden público se ha asegurado por la aplicación de la *lex situs* (art. 2667) a la materia real, no desplazada por la *lex loci celebrationis*.

3. Naturaleza jurídica. Caracteres

El precepto en comentario es una norma material, que limita los alcances de la norma indirecta contenida en el art. 2616. No es una norma de excepción a la incapacidad domiciliaria sino una aplicación del principio *favor negotii*. Sin embargo, tampoco es la aplicación de este principio en su más amplia acepción, ya que el único derecho llamado a remediar la invalidez del acto jurídico nulo es la *lex loci celebrationis*, no participando del convite ni la *lex loci executionis* ni la *lex domicilii* de la parte capaz.

III. JURISPRUDENCIA

Con las salvedades apuntadas en este comentario, remitimos a la jurisprudencia citada en el artículo anterior.

Art. 2618.— Nombre. El derecho aplicable al nombre es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición. Su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La ley 18.248 (BO 24/6/1969) y sus reformas, aunque no fue incorporada al Cód. Civil, al legislar sobre un derecho/deber integrante de la personalidad, comprende una materia sustancialmente civil. Carecemos de regulación sobre nombre en casos iusprivatistas internacionales, es decir,

en casos que presentan fáctica y socialmente contactos con el territorio de más de un Estado nacional, tanto en la fuente interna como internacional (TMDC de 1889 y 1940.) En ausencia de una norma específica la doctrina ha propuesto distintos criterios para colmar la laguna. Una corriente entiende que pertenece al ámbito del estatuto personal y se rige por el derecho domiciliario (Ciuro Caldani, Boggiano); otra considera que la facultad para imponer un nombre a una persona está regida por el derecho que impera sobre la relación jurídica de la que tal derecho emerge (Goldschmidt); y por último, se estima que está tácitamente establecido por una norma material de derecho privado internacional, y se vincula con la patria potestad o la guarda (Alfonsín). En lo relativo a los cambios de apellidos y nombres o a la alteración de su ortografía, existiría consenso en someterlos a la ley que regula el estado y capacidad de las personas (Fernández Arroyo). Sin embargo, se entiende que la *lex fori* argentina puede imponer exclusivamente ciertas normas de control (Boggiano).

El derecho al nombre se encuentra tutelado expresamente por varios instrumentos internacionales de derechos humanos, así como por derivación de otros derechos fundamentales, como son el derecho al honor y a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, y a la reputación. De modo que la incorporación de una norma específica es una manifestación del proceso de constitucionalización del Derecho Internacional Privado; y con ella se satisface una antigua aspiración de la doctrina nacional manifestada en diversas jornadas y congresos, así como en múltiples estudios sobre la materia. Su estudio y aplicación práctica exige integrar dicha norma con las disposiciones generales de los Capítulos 1 y 2 del presente Título, con las normas que conforman la presente Sección, con los arts. 62 a 72 del Capítulo 4 sobre Nombre y obviamente, con las reglas constitucionales y supranacionales de acuerdo con las directivas de los arts. 1º a 3º del Código.

Las fuentes de este artículo son el PCDIPr. 2003, art 49, y el Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado, México, art. 15.

II. COMENTARIO

1. Categoría jurídica

El precepto legal recoge una categoría más estrecha y abstrae al nombre de la categoría omnicompreensiva del estatuto personal. De este modo permite una elección del derecho aplicable más próxima y, en consecuencia, más justa. Una regulación específica viene a solucionar definitivamente la laguna imperante en nuestro sistema jurídico de fuente interna y a reflejar la autonomía del nombre de la ley interna en el DIPr., independiente de la filiación, los efectos de la adopción o del matrimonio.

2. Naturaleza jurídica

A fin de abordar su naturaleza jurídica se presentan tres teorías: a) un derecho de quien lo lleva; b) un derecho de la personalidad, y c) una institución de policía civil cuya función es individualizar a la persona y bajo ese punto de vista más que un derecho es una obligación. La adopción de una de ellas o de más de una determinará un predominio del derecho privado o público. Además, influirá en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pleno o limitado y en el control de orden público al momento de aplicar un derecho extranjero o de reconocer una sentencia extranjera. La doctrina ubica mayoritariamente el tema del nombre en el estatuto personal, aunque no faltan quienes entienden que integra el derecho administrativo o un derecho administrativo internacional, ramas jurídicas en las cuales impera la territorialidad. La norma comentada pone el acento en su calidad de derecho personalísimo y la abstrae de las inferencias del derecho público.

3. El criterio localizador

Se mantiene la elección tradicional de nuestro sistema jurídico al elegirse el derecho del domicilio como criterio localizador, cuya calificación autárquica radica en el art. 2613. La ley domiciliaria rige la formación y composición del nombre de una persona, abarcativa de todos los supuestos. La norma resuelve el conflicto móvil mediante la precisión del momento crítico en el supuesto de imposición y de cambio del nombre, receptando las propuestas doctrinales. En un caso concreto el operador puede apartarse del punto de conexión domiciliario mediante el recurso a la cláusula de excepción dispuesta en el art. 2597 que flexibiliza todo el sistema.

Frente a las diferentes elecciones que presenta el derecho comparado (nacionalidad y residencia habitual), el reenvío (art. 2596) posibilita la coordinación de los sistemas jurídicos involucrados. Asimismo debe propiciarse una interpretación del orden público (art. 2600) de manera atenuada o flexible a fin de efectivizar su *status* de derecho humano fundamental.

4. La jurisdicción

Se abstiene de legislar en materia de jurisdicción. En consecuencia, cabe un paralelismo entre *ius* y *forum* y resulta apropiado el criterio del *forum causae* que otorga jurisdicción al juez cuyo derecho es aplicable; en el caso del nombre, será el juez del domicilio con la precisión temporal establecida por la norma (Oyarzábal). Asimismo, permite una interpretación flexible de la jurisdicción indirecta en aras de un favor al reconocimiento (Baratta).

III. JURISPRUDENCIA

La sentencia extranjera "no afecta nuestro orden público local, desde que la propia ley de nombre admite excepciones al principio de inmutabilidad... En este orden de ideas, ha sostenido el tribunal que tal principio no es absoluto, pues se admiten casos en los cuales puede ser soslayado" (CNCiv., sala E, JA, 2002-I-826, con comentario de Ciuro Caldani).

Art. 2619.— Ausencia y presunción de fallecimiento. *Jurisdicción.* Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino no puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil de Vélez no contenía una regulación integral de la ausencia y presunción de fallecimiento en el DIPr. La ley 14.394 (B.O. 30/7/1954) sólo contempla la jurisdicción y atribuye competencia en su art. 16 a los tribunales nacionales para declarar la ausencia con presunción de fallecimiento, cuando el desaparecido hubiere tenido el último domicilio o la última residencia en el país. La exclusividad de la jurisdicción argentina en caso de domicilio póstumo en el país debe afirmársela, a fin de proteger la estabilidad de las relaciones jurídicas preexistentes (Boggiano). En la hipótesis de que hubiese bienes en Argentina y las conexiones mencionadas estuvieren en el extranjero o no fuesen conocidas, los tribunales argentinos también tienen jurisdicción internacional, pero esta vez concurrente (Fernández Arroyo, Boggiano). Así se consagra el foro del patrimonio como criterio atributivo de jurisdicción (Oyarzábal). Fernández Arroyo sostiene que "es evidente que declarada en el extranjero, las cuestiones relativas al procedimiento han de regularse por la *lex fori* y, en materia de inmuebles sitos en el país, regirá la dispuesto por la ley nacional (art. 10 CCiv.)". En la fuente internacional, los TMDCI 1889 y 1940 contemplan en la norma de jurisdicción internacional del art. 57 de ambos donde la competencia es atribuida al juez del último domicilio del presunto ausente.

Como fuentes de este artículo, pueden mencionarse: ley 14.394, Argentina, art. 16; Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado,

Argentina, 2003, art. 43; Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado, Suiza, art. 41.2; Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, art. 57 de ambos.

II. COMENTARIO

1. Naturaleza jurídica y caracteres

En sentido técnico-jurídico, la ausencia y la presunción de fallecimiento son instituciones independientes con sustantividad propia y distinto grado de trascendencia. Calificaciones que se desprenden de los arts. 79 a 84 y 85 a 92, respectivamente. Sin embargo, el DIPr. otorga un tratamiento conjunto. El hecho de que una persona, de cuya existencia no se tienen noticias, falte de su entorno vital durante un período de tiempo provoca situaciones caracterizadas por la desprotección de ciertos bienes e intereses del ausente o de las personas con él vinculadas. Asimismo, esa circunstancia genera incertidumbre no sólo con respecto a la suerte de las relaciones jurídicas que tienen como fundamento la existencia de la persona, sino también acerca de aquellas que se subordinan a su muerte. Los mecanismos de protección de los intereses del ausente y de los terceros afectados por la situación condicionan el futuro de relaciones jurídicas muy diversas: familiares, patrimoniales, etcétera.

2. Fundamento común

La norma mantiene el criterio del último domicilio conocido, pero ahora sin ánimo de exclusividad para los jueces argentinos. En su defecto, serán competentes los magistrados de la última residencia habitual o subsidiariamente los del lugar de situación de los bienes. La técnica utilizada, conocida como norma de jurisdicción en cascada, exige el fracaso de la primera jurisdicción para posibilitar el ejercicio de la segunda, y así sucesivamente. Como última posibilidad, los jueces argentinos pueden arrogarse competencia en caso de existir un interés legítimo en la República. Celebramos la consagración de una jurisdicción abierta a favor de nuestros jueces, que da cabida al foro de necesidad a fin de brindar protección y de evitar una denegación internacional de justicia. El sistema adoptado favorece el control de la jurisdicción indirecta en materia de reconocimiento de una sentencia extranjera (Oyarzábal).

Debemos resaltar que el art. 81 del presente cuerpo normativo dispone: "Es competente el juez del domicilio del ausente. Si éste no lo tenía en el país, o no es conocido, es competente el juez del lugar en donde existan bienes cuyo cnidado es necesario, si existen bienes en distintas jurisdicciones el que haya prevenido". Todo indica que su fuente es el art. 16 de la ley 14.394 mencionado *ut supra* con algunas modificaciones, v.gr., la exclusión de la precisión temporal del domici-

lio del ausente y la concurrencia del foro de la última residencia habitual. La expresión "si éste no lo tenía en el país" contempla claramente un caso iusprivatista internacional y la torna norma de jurisdicción internacional. Si bien el art. 81 versa exclusivamente sobre ausencia y el art. 2619 contempla además la presunción de fallecimiento, lo cual permitiría hacer primar el segundo por sobre el primero en materia de presunción; lo cierto es que coexisten dos normas de jurisdicción internacional en materia de ausencia con criterios atributivos absolutamente dispares y ocasiona dificultades interpretativas de magnitud a los fines de su aplicación.

Art. 2620.— Derecho aplicable. La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente.

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables del ausente se determinan por el derecho del lugar de situación o registro de esos bienes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO DE FUENTE CONVENCIONAL

Los TMDCI de 1889 y 1940, arts. 10 y 12 respectivamente, determinan el derecho aplicable en los siguientes términos: "Los efectos jurídicos de la declaración en ausencia respecto a los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en que esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía".

Frente a la carencia de normas de fuente interna, Boggiano propone colmar la laguna con una autointegración legislativa, en cuanto vinculada a todos los aspectos de la personalidad es razonable juzgarla unitariamente según la ley domiciliaria (arts. 6º, 7º y 948 Cód. Civil). Por su parte, Goldschmidt entiende que debe desprenderse la misma ley domiciliaria, pero del art. 1º de los TMDCI, por regular la existencia de las personas, y se inclina por la prevalencia de la ley de la última residencia del ausente por mayor proximidad al hecho de su desaparición. Con relación a los efectos, ambos coinciden en la aplicación analógica del art. 12 del TMDCI de 1940 con profundas críticas seguidas por Oyarzábal, quien propone limitar la calificación de los bienes ex-

clusivamente a los inmuebles y a los muebles con situación permanente (arts. 10 y 11 Cód. Civil).

La fuente de este artículo es el TMDCI 1940, art. 12.

II. COMENTARIO

1. Naturaleza jurídica y caracteres

Existe consenso doctrinario sobre la unidad basada en los siguientes argumentos: "La ausencia está vinculada a todos los aspectos de la personalidad... La declaración de muerte presunta a que da lugar justifica un tratamiento unitario respecto de los presupuestos de tal declaración. Sería contrario al fin mismo del DIPr. que una persona pudiera ser juzgada presuntivamente fallecida y viva según diversas leyes aplicables" (Boggiano).

2. Fundamento común

El artículo recepta la postura doctrinaria al consagrar aplicable el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida. De esta forma se enrola en la unidad y se mantiene la ley domiciliaria en todas las normas de la presente Sección. A su vez, elige la última residencia habitual como punto de conexión subsidiario (Goldschmidt).

Cuando la norma expresa "las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente", separa el Derecho que rige la declaración de muerte presunta del Derecho que rige las relaciones jurídicas del ausente. En consecuencia, las relaciones son gobernadas en forma constante e integral por el mismo derecho. De este modo resuelve las críticas doctrinales concernientes a la aplicación analógica del art. 12 del TMDCI, por cuanto producía un fraccionamiento relacionado a los efectos. En tal sentido, Boggiano sostiene: "Los efectos de la muerte presunta quedan reglados no ya por el Derecho personal del presunto fallecido, sino por el Derecho que rige la relación jurídica sobre la cual desplegará efectos la presunción. Se presenta, así, una escisión entre el Derecho que rige la declaración de muerte presunta y el Derecho rector de sus efectos". En consonancia con Goldschmidt agrega: "Conforme al art. 31 de la ley 14.394, una vez declarado el fallecimiento presunto, el cónyuge presente podría contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo anterior cuando se contraen segundas nupcias... La ley que rige la disolubilidad del vínculo también rige los efectos de la reaparición del presunto fallecido" (En igual sentido Oyarzábal). La problemática ha perdido vigencia frente a la solución de unidad que consagra la norma comentada y al art. 435, inc. b), que admite la declaración de muerte presunta como causal de disolución del vínculo matrimonial.

En cuanto a los efectos, sólo contempla a los bienes y, en la misma línea que los TMDCI, designa el lugar de situación. Pero su redacción es más precisa que su fuente. El tipo legal contempla los bienes inmuebles y muebles registrables, poniendo fin a las críticas vertidas por Boggiano al art. 12 del Tratado y siguiendo la propuesta de Oyarzábal. Mientras que el punto de conexión indica el derecho del lugar de situación o registro de esos bienes. En consecuencia, los efectos respecto de los bienes muebles continúan gobernados por el derecho que rige la declaración de muerte presunta. Las elecciones rígidas del derecho aplicable brindan certeza y pueden flexibilizarse mediante el recurso a la cláusula de excepción contenida en el art. 2597.

SECCIÓN 2ª

MATRIMONIO

POR BEATRIZ FALLARÉS

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general citada al comienzo del Título IV. DREYZIN de KLOR, ADRIANA - SARACHO CORNET, TERESITA, "Las convenciones matrimoniales en el derecho internacional privado. Un importante precedente jurisprudencial", LA LEY, 1998-C, 1127; HOOFT, EDUARDO, "La jurisdicción internacional argentina en las acciones de divorcio. El reconocimiento de las sentencias dictadas por un tribunal extranjero razonablemente conectado con el caso", JA, 2001; NAJURÍETA, MARÍA SUSANA, "La Convención de La Haya de 1978 sobre regímenes matrimoniales y la reforma del derecho internacional privado de fuente interna", LA LEY, 1984-D-1316; RADZYMSKI, ALEJANDRO, "Ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio en el derecho internacional privado argentino", ED, 156-893; RUBAJA, NIEVE, *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012; URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, "La familia en los tratados sobre derechos humanos", en URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA (dir.), *Estudios de jurisprudencia: Temas de derecho internacional privado*, Lerner, Córdoba, 2011.

Art. 2621.— Jurisdicción. Las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado.

Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No se han modificado los contactos jurisdiccionales del art. 227 Cód. Civil.

El artículo mantiene la regla del Cód. Civil con las reformas introducidas por la ley 23.515.

Fuentes: Cód. Civil (art. 227), Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, Argentina 2003; TMDCI de 1889 (art. 11) y de 1940 (arts. 8º, 13 y 16) y el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, Uruguay, art. 16.

II. COMENTARIO

1. Los tratados internacionales

Las normas del derecho internacional argentino autónomo se aplican en ausencia de tratados internacionales aplicables. Argentina se encuentra vinculada con Bolivia, Perú y Colombia por los tratados de 1889 y con Uruguay y Paraguay por los celebrados en 1940. Los tratados son aplicados por las autoridades de los Estados vinculados en casos en que el domicilio conyugal se localice en el territorio de un país ratificante. Los arts. 62 y 59 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, respectivamente, disponen que los juicios sobre nulidad del matrimonio, divorcio y disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal. La regla es la misma en ambos tratados, pero su interpretación puede variar conforme la interpretación del concepto domicilio conyugal. El Tratado de 1889 dispone en el art. 8º que si el matrimonio carece de domicilio, deberá tenerse por tal el del marido. El art. 8º del Tratado de 1940 dispone que el domicilio conyugal radica en el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en defecto de esa convivencia, hay que recurrir al foro del domicilio del marido. El artículo siguiente agrega que la mujer casada abandonada por marido conserva el domicilio conyugal, salvo prueba de que haya constituido un nuevo domicilio en otro país.

2. Los contactos jurisdiccionales en el DIPr. autónomo

La localización del domicilio conyugal efectivo y del domicilio del cónyuge demandado determinan la competencia de los jueces de esos países para la interposición de las acciones y también para el reconocimiento de sentencias extranjeras que provengan de esos foros.

El párrafo final define el contacto jurisdiccional —domicilio conyugal efectivo— como el lugar donde los cónyuges convivieron. La definición de domicilio conyugal, como último lugar de cohabitación efectiva y pacífica, fue consagrada por doctrina de la Corte Suprema, en los fallos "Vlasov" (Fallos: 246:87) y "Jobke" (Fallos: 291:540). La doctrina y jurisprudencia relativas no han sido desplazadas por la reforma.

El artículo en comentario, al igual que el art. 227 del Cód. Civil sustituido expresa que las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado. La opción por el domicilio del demandado funciona aun cuando el último domicilio conyugal hubiera radicado en el país. Se han subrayado los inconvenientes del sistema, por cuanto el juez argentino que asumiese la jurisdicción sobre la base del domicilio del demandado en el país, deberá aplicar el derecho del último domicilio conyugal en el extranjero, aun cuando esta conexión con el caso resulte demasiado tenue en muchos casos (Boggiano).

Los mismos foros del último domicilio conyugal y del domicilio del demandado son también competentes para entender en acciones que versen sobre la nulidad del matrimonio. La razonabilidad de la localización resulta de la conexidad de las causas, ya que en los casos en que el juez deba decretar la separación o el divorcio de un matrimonio, se planteará la cuestión de su existencia. También las acciones derivadas de efectos del matrimonio deben plantearse ante los mismos foros.

III. JURISPRUDENCIA

La Corte Suprema de Justicia atribuyó jurisdicción a los tribunales del domicilio conyugal con exclusión de cualquier otro fuero en el ámbito del Tratado de 1940, en sent. del 10/10/2000, ED, 192-232/237. En similar sentido, CNCiv., sala G, 31/5/2004, ED, 209-273.

Art. 2622.— Derecho aplicable. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen.

No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los arts. 575, segundo párrafo y 403, incs. a), b), c), d) y e).

El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se mantienen las reglas del art. 159 del Cód. Civil y sustituido que utilizaba una fórmula sintética (condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas) y art. 160, que disponía: "No se reconocerá ningún matrimo-

nio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 6 o 7º del art. 166". Cabe señalar que el nuevo régimen incluye un impedimento derivado de la utilización de gametos de terceros en casos de reproducción humana asistida (art. 575, segundo párrafo), supuesto asimilado a la adopción plena. La sumisión de la prueba al derecho del lugar de celebración reitera también la regla del código sustituido.

Fuentes de la norma: Cód. Civil sustituido (arts. 159, 160), Proyecto de de Derecho Internacional privado, Argentina 2003; TMDCI de 1889 (art. 11) y de 1940 (art. 13) y Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, Uruguay.

II. COMENTARIO

1. Tratados internacionales

Los arts. 11 y 13 de los TMDCI de 1889 y 1940, respectivamente, someten la capacidad para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez de aquél a la ley del lugar de su celebración. Estas normas de aplican a matrimonios celebrados en un país signatario de los tratados que pretenden producir efectos en otro país también parte en los mismos tratados, distinto del lugar en que aquél se celebró. Si el matrimonio cumple con los requisitos exigidos por el derecho del lugar de celebración, deberá ser reconocido y desplegar sus efectos en los demás Estados parte.

El segundo párrafo de los arts. 11 y 13 expresa: "Sin embargo los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos: a) falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimo 14 años cumplidos en el varón y doce en la mujer; b) parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo; c) parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos; d) haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite; e) el matrimonio anterior no disuelto legalmente".

De conformidad a estas normas, cualquier Estado signatario puede usar la facultad de desconocer el matrimonio que se contrajo válidamente según el país de la celebración, pero que no cumplió con algunos de los requisitos de uno de los países signatarios, con alguno de los impedimentos enumerados —por ejemplo el de ligamen—, el Tratado no impone a los demás países contratantes la obligación internacional de descono-

cerle validez sino que deja librado al orden público internacional del país requerido la decisión que más convenga al espíritu de su legislación.

2. El derecho aplicable a la validez del matrimonio

En el art. 2662 del Cód. Civil argentino reformado se reitera la regla tradicional del derecho argentino en materia de matrimonio, sometiendo la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez al derecho del lugar de celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen. El párrafo siguiente mantiene la restricción al funcionamiento del principio general, al disponer que "No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos del art. 403".

El artículo citado dispone que "Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; f) tener menos de DIECIOCHO (18) años; g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial". La presencia de estos impedimentos desplaza la aplicación del derecho del lugar de celebración e impedirá la producción de efectos en el país a matrimonios celebrados en el extranjero.

El derecho del lugar de celebración es el derecho aplicable al consentimiento y el que ha de regir sus efectos cuando es sólo aparente, o de su imperfección a causa del error, o cuando no ha sido prestado libremente por quienes van a contraer matrimonio. La respuesta que brinde el derecho del lugar de celebración deberá resultar compatible con los principios imperantes en el sistema jurídico del foro. No será admisible la solución fundada en el derecho del lugar de celebración que otorgue carácter matrimonial a uniones en las que no se ha garantizado el libre consentimiento de los contrayentes. De conformidad a los principios consagrados por los Tratados Internacionales incorporados a la CN, no habrá matrimonio sin pleno y libre consentimiento de los contrayentes. El derecho argentino no podrá reconocer el matrimonio —aun si fuere válido para el derecho del lugar en el que se celebró— si no existió pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes.

La capacidad para casarse y la ausencia de impedimentos se rigen por la ley del lugar de la celebración del matrimonio. Este derecho desplaza en el derecho argentino la regla general que en materia de capaci-

dad está contenida en los art. 2616 Cód. Civil, que indica como aplicable el derecho domiciliario.

La invalidez de los matrimonios celebrados en el extranjero puede ser provocada por el derecho del lugar de celebración pero también por resultar de la norma de internacionalmente imperativa del segundo párrafo del art. 2622 (en su remisión al 403) o de la cláusula general de orden público. En presencia de estos obstáculos, los jueces argentinos deberán desconocer efectos al matrimonio celebrado.

3. Forma

La forma se rige por el derecho del lugar de celebración. En el Derecho argentino, el consentimiento matrimonial debe prestarse de acuerdo a una forma de exteriorización de la voluntad predeterminada por la ley. La forma civil tiene carácter solemne, con intervención necesaria de una autoridad pública. La forma prescripta para la celebración del matrimonio, tiene carácter de requisito esencial para la validez de los actos celebrados en el país. La exclusión de toda otra forma de celebración para matrimonios celebrados en el país no juega para supuestos de reconocimiento en Argentina de matrimonios celebrados en el extranjero.

4. Prueba

La prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por el derecho del lugar de celebración (art. 2622, tercer párrafo, que reproduce el 159 del Cód. Civil que —con anterioridad a la reforma del Código Civil introducida por la ley 23.515— había admitido esta solución conforme la doctrina de la Corte Suprema consagrada en fallos, "Kravetz, Linda, aplicación de las normas más favorables al reconocimiento de la validez formal de los matrimonios" (JA, 1942-III-310) y "Carubin, Dolores" (JA, Doctrina, 1973-485).

En la causa "Solá", la Corte Suprema se expidió sobre la aplicación de los impedimentos y el funcionamiento del orden público en orden a permitir la producción de efectos extraterritoriales al matrimonio celebrado en el extranjero (CSJN, 12/11/1996, JA, 3/12/1997).

III. JURISPRUDENCIA

1. CSJN, 10/10/2000, ED, 192-232/237, aplicación del TMDCI de 1940.
2. CSJN, 12/11/1996, JA, 3/12/1997. Solá, aplicación de los impedimentos y el funcionamiento del orden público en orden a permitir la producción de efectos extraterritoriales al matrimonio celebrado en el extranjero.
3. CSJN, JA, Doctrina, 1973-485. Forma y prueba de los matrimonios.

4. CSJN, JA, 1942-III-310. Aplicación de las normas más favorables al reconocimiento de la validez formal de los matrimonios.

Art. 2623.— Matrimonio a distancia. Se considera matrimonio a distancia aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento, personalmente, ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.

La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo puede ser ofrecida dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento.

El matrimonio a distancia se considera celebrado en el lugar donde se preste el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio debe verificar que los contrayentes no están afectados por impedimentos legales y decidir sobre las causas alegadas para justificar la ausencia.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma reproduce el texto de los arts. 173 y 174 del Código sustituido que reglamentan el matrimonio a distancia, que ya había sido introducido en el derecho argentino por la Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, celebrada en Nueva York en 1962 y ratificada por Argentina por ley 18.444.

II. COMENTARIO

1. Tratados internacionales

La Convención sobre el consentimiento para el matrimonio; la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de Nueva York (1962) en el art. 1º dispone: "No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos; de acuerdo con la ley". Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero, no será necesario que una de las partes esté presente, cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

El matrimonio se celebra a distancia, el consentimiento es prestado por cada cónyuge ante la autoridad competente ordinaria. Se entiende por lugar de celebración a aquel lugar donde se perfecciona el consentimiento matrimonial.

2. El matrimonio a distancia

Existen algunas diferencias entre la reglamentación del matrimonio a distancia del art. 2623 del Cód. Civil y el régimen de la Convención de Nueva York. En esa Convención, la eficacia del matrimonio está condicionada a que la autoridad competente ordinaria para celebrar el matrimonio adquiera el convencimiento de que existen circunstancias excepcionales que justifican tal modalidad del matrimonio.

El régimen argentino en cambio, se limita a expresar en la segunda parte del art. 2623 que "La autoridad competente para celebrar el matrimonio debe verificar que los contrayentes no están afectados por impedimentos legales y decidir sobre las causas alegadas para justificar la ausencia". Por otra parte, dispone que la acreditación del consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida dentro de los 90 días de su otorgamiento a diferencia de la Convención que no establece ningún plazo.

El fallecimiento del cónyuge impide el perfeccionamiento del acto matrimonial.

Art. 2624. — Efectos personales del matrimonio. Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo reproduce textualmente la primera parte del art. 162 del código sustituido, suprimiendo la calificación de domicilio conyugal que contenía la norma, así como la conexión subsidiaria. La reglamentación de la cuestión alimentaria se reglamenta en el art. 2630.

En los fundamentos se expresa que se ha conservado el "domicilio conyugal" como centro de gravedad para la designación del derecho aplicable a los efectos del matrimonio, con la determinación del tiempo crítico sólo en materia de efectos patrimoniales.

II. COMENTARIO

1. Los efectos personales del matrimonio

La noción de efectos personales abarca un amplio espectro de cuestiones que, por estar relacionadas con la organización de la vida en co-

mún de los cónyuges, resulta fuertemente influida por las valoraciones imperantes en la comunidad jurídica en que esa realidad se inserte. Tradicionalmente la categoría genérica "relaciones personales de los cónyuges" se ha utilizado como comprensiva de los deberes de cohabitación, respeto y fidelidad mutuas, débito matrimonial, posibilidad de fijar el domicilio conyugal, etc. Pero también se incluye en esta categoría las consecuencias que se derivan de la posición que cada uno de los esposos ocupa en la estructura matrimonial, incluso cuando repercuten sobre el régimen económico del matrimonio, como por ejemplo la obligación de pagar alimentos, el poder de llaves, etcétera.

La amplitud y heterogeneidad de su contenido ha inclinado a la doctrina a aceptar una caracterización negativa de los efectos personales, entendiendo por tales aquellos que no inciden directamente sobre el régimen de bienes del matrimonio.

El lugar de actual cohabitación de los cónyuges presenta además la ventaja de evitar el juego del orden público en la restricción a la aplicación de un derecho extranjero.

2. Los tratados de Montevideo de 1889 y 1940

En ambos TMDCI, los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta a las relaciones personales se rigen por la ley del domicilio conyugal (art. 12 del Tratado de 1889 y 14 de 1940), admitiéndose la mutabilidad automática del régimen aplicable. El domicilio conyugal al que refieren los Tratados es el domicilio efectivo de los cónyuges. Esta noción aparece en la calificación autárquica de domicilio conyugal del art. 8º del Tratado de 1940, en cuanto lo identifica como el lugar donde los cónyuges viven de consuno. En el Tratado de 1889 no se encuentra una calificación similar, pero una noción así aparece en la segunda parte del art. 12, en cuanto indica que si los cónyuges mudaren de domicilio, las relaciones personales se regirán por las leyes del nuevo domicilio.

El art. 62 del Tratado de 1889 y el art. 59 del Tratado de 1940 confieren jurisdicción a los jueces del foro del último domicilio conyugal. Por otra parte, juega en materia de acciones personales el art. 56 de ambos Tratados que consagra el foro del domicilio del demandado.

3. El derecho del domicilio conyugal efectivo

El punto de conexión escogido —domicilio conyugal efectivo— no es definido en la norma. Ante eventuales cambios de domicilio de un país a otro, deberá apreciarse el domicilio efectivo al momento en que se plantee una discusión o controversia sobre relaciones matrimoniales.

Art. 2625.— Efectos patrimoniales del matrimonio.

Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.

En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.

En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 163 del código sustituido expresaba: "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio".

El régimen del Cód. Civil sustituido se caracterizó por la exclusión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, tanto en el derecho privado —imponiendo imperativamente un régimen legal único— como vedando en casos internacionales la elección de la ley aplicable al régimen de bienes, que ya sea legal o pactado resultaba sometido al derecho del primer domicilio conyugal, con carácter imperativo y permanente. La regla actual permite que el régimen de bienes se rija por convenciones matrimoniales y en ausencia de éstas, por el derecho del primer domicilio conyugal.

También se modifica la solución adoptada en la última parte del art. 163, que consagraba el principio de permanencia del régimen. La norma sustituida reproducía las soluciones adoptadas en los arts. 43 y 17 de los TMDCI de 1889 y 1940, consagrando la inmutabilidad del régimen del primer domicilio, ignorando que las soluciones contemporáneas han mitigado el dogma de la inmutabilidad y tienden a someter al mismo

derecho la reglamentación de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio.

La modificación más interesante supone la posibilidad de los cónyuges de optar por la aplicación del derecho argentino siempre que no se afecten los derechos de terceros.

En lo que respecta las fuentes, hay que considerar que la sumisión del régimen de bienes de matrimonio —ya sea legal o pactado— había sido consagrado en el Tratado de Derecho Civil internacional de Montevideo de 1940 y reproducido por la reforma al código civil introducida por la ley 23.515 y reiterada en anteriores proyectos de modificación de las normas de Derecho Internacional Privado.

En los fundamentos se expresa que se ha conservado el "domicilio conyugal" como centro de gravedad para la designación del derecho aplicable a los efectos del matrimonio, con la determinación del tiempo crítico en el "primer domicilio conyugal" para regular el régimen de bienes en el matrimonio.

II. COMENTARIO**1. La ley aplicable a los efectos del matrimonio en los TMDCI 1889 y 1940**

Ambos tratados someten el régimen patrimonial del matrimonio al derecho del domicilio conyugal, con las restricciones impuestas en cuestiones de carácter real por la ley del lugar de su situación. (arts. 43 y 16, 17). Varía la definición del contacto domicilio conyugal y la extensión que se acuerda a la *lex situs*, que en el tratado de 1940 se restringe a prohibiciones en materia de estricto carácter real.

2. El régimen legal del matrimonio en el DIPr. autónomo

El régimen patrimonial del matrimonio comprenderá su funcionamiento, disolución, liquidación y partición y el derecho del primer domicilio conyugal regulará cada uno de dichos aspectos. Ese derecho va a precisar a partir de cuándo comienzan a desencadenarse los efectos patrimoniales del matrimonio, las implicancias de las nupcias sobre la composición del patrimonio de cada consorte, la caracterización de los bienes que ingresan al patrimonio de los cónyuges, la eventual conformación de una "comunidad" de bienes y la calidad de cada bien considerado individualmente, las facultades de los esposos respecto de los bienes propios y comunes —tanto en cuanto concierne a su administración como a su disposición— y los principios que gobiernan la responsabilidad de los esposos entre sí y frente a terceros.

3. Las capitulaciones matrimoniales

La expresión designa a aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en los que los otorgantes estipulan su régimen económico matrimonial o algún extremo relativo al mismo. Mediante estos pactos, los cónyuges confeccionan un régimen específico sobre la titularidad de sus bienes, la administración de los mismos y la disolución de la eventual comunidad que instituyan, o bien simplemente incorporan como contenido de su voluntad uno de los regímenes previstos, con las modificaciones que deseen establecer.

La norma en comentario distingue entre capitulaciones otorgadas con anterioridad a la celebración del matrimonio y las otorgadas posteriormente. La admisibilidad y alcances de las capitulaciones quedan sometidos al derecho del primer domicilio conyugal si fueron realizadas antes de la celebración del matrimonio. Ese derecho determinará las reglas aplicables a administración y reparto de los bienes que integran el patrimonio conyugal, con las limitaciones que marcará la ley del lugar de situación de los bienes. Las capitulaciones celebradas con posterioridad a la celebración del matrimonio quedan sujetas al derecho del domicilio conyugal al tiempo de la celebración del matrimonio, también por supuesto con las limitaciones de la *lex situs* en materias de carácter real.

Los fundamentos no brindan explicación de este curioso desdoblamiento del derecho aplicable a capitulaciones celebradas antes y después de la celebración del matrimonio.

Debe tomarse en cuenta la ley personal para determinar la capacidad general de obrar de los contrayentes, esto es la ley de su respectivo domicilio al momento de su otorgamiento. En segundo lugar, habrá que estar a la ley que rige los efectos económicos del matrimonio para completar las especialidades que se exijan para la validez de los pactos y capitulaciones que se realicen (derecho del primer domicilio conyugal).

En cuanto a la forma, ni el artículo en comentario ni el art. 16 del TMDCl de 1940 distinguen los aspectos formales de los que refieren a la validez intrínseca. La norma de conflicto convencional y la de fuente interna vinculan la forma a la ley aplicable al fondo del acto.

4. Derecho aplicable en ausencia de pactos

En ausencia de pactos entre cónyuges, el régimen patrimonial del matrimonio se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Debe entenderse por tal, el primer lugar de radicación efectiva del mismo. El derecho domiciliario resultará desplazado por el derecho del lugar de situación de los bienes en lo que respecta a prohibiciones de estricto carácter real. La necesidad de armonización de las soluciones fundadas en distin-

tos sistemas jurídicos resulta acorde con el principio de efectividad tanto si se trata del régimen legal como el que resulta de las capitulaciones.

La posibilidad de alterar el régimen aplicable es consagrada en la última parte del artículo que consagra la facultad de los esposos de optar por el derecho argentino en supuestos de "cambio de domicilio a la República", siempre que la voluntad sea expresada por instrumento público y no afecte derechos de terceros.

Art. 2626.— Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La regla actual contempla otras causales de disolución del matrimonio. La sumisión del régimen del divorcio del derecho del último domicilio conyugal permanece sin alterar (art. 164, Cód. Civil).

II. COMENTARIO

1. Los Tratados de Montevideo

En ambos tratados la disolución está regida por el derecho del domicilio conyugal (arts. 13 y 15, respectivamente). En el texto de 1940, el domicilio conyugal es calificado como el lugar donde viven de consuno. En defecto de esta convivencia localizada, se prevé la aplicación subsidiaria del domicilio del marido (art. 8º). La mujer casada abandonada por su marido conserva, no obstante, el domicilio conyugal, salvo que se pruebe que ha constituido, por separado, en otro país domicilio propio (art. 9º). En ambos tratados se confiere jurisdicción a los jueces del domicilio conyugal.

2. Derecho aplicable a la disolución del matrimonio

La localización del derecho aplicable en el último domicilio atiende presumiblemente a la causa del divorcio o al quebrantamiento objetivo del matrimonio que la ley supone localizados en ese lugar decisivo. La aplicación del derecho del último domicilio conyugal sólo podrá ser desplazada cuando manifiestamente contraría los principios de orden público del derecho argentino.

La disolución de un matrimonio válido y eficaz opera por el hecho de la muerte de uno de los cónyuges, por la declaración judicial de su fallecimiento o por sentencia de divorcio.

Los efectos de la muerte de uno de los cónyuges o de la declaración de ausencia con presunción del fallecimiento se registrarán por el derecho del último domicilio conyugal al igual que los efectos de las sentencias de divorcio que se reconozcan.

3. Reconocimiento de sentencias de divorcio

No se han incorporado normas especiales para el reconocimiento de eficacia a las sentencias extranjeras del foro del último domicilio conyugal o del domicilio del demandado. Rigen las normas generales para el reconocimiento de las sentencias extranjeras. Cumplidos los recaudos formales, sólo podrá denegarse eficacia a las sentencias que hayan sido dictadas en proceso que no ha dado al demandado la oportunidad de defenderse o cuando el contenido del decisorio resulta contrario al orden público argentino.

III. JURISPRUDENCIA

CSJN, 3/11/1988. Reconocimiento y ejecución de sentencias.

SECCIÓN 3ª

UNIÓN CONVIVENCIAL

Por BEATRIZ PALLARÉS

Art. 2627.— Jurisdicción. Las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no regulaba la unión convivencial.

Fuentes de la sección: Código Civil de Quebec, art. 3090, 1º y 2º. Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, Uruguay, art. 27.2.

II. COMENTARIO

Los fundamentos expuestos en relación con la Sección 3ª, que regula la unión convivencial, expresan que "se trata de una categoría amplia, que ensancha el concepto de la unión civil, sin exigir requisitos, en una aproximación a la regulación de las uniones no matrimoniales del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay, comprensiva de situaciones de hecho que exhiben una obvia precariedad formal. Se elige el lugar del domicilio efectivo común o el domicilio o residencia habitual del demandado como criterios atributivos de jurisdicción y el derecho del Estado en que se pretenda hacerla valer como elección del derecho aplicable".

Tales expresiones no resultan suficientes para brindar claridad al funcionamiento del régimen previsto para la unión convivencial, ya que el siguiente artículo dispone que se aplica el derecho donde se la pretende hacer valer. Si se invocase la unión en el domicilio común, siendo

competente el juez de ese lugar aplicará su propio derecho, que resulta razonablemente vinculado a la cuestión. En tanto que si la unión se invoca ante el domicilio del demandado, el derecho internacional privado de ese juez determinará el derecho aplicable. Si el planteo se realiza ante el juez argentino, éste aplicará el derecho argentino.

Art. 2628.— Derecho aplicable. La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer.

I. COMENTARIO

1. El derecho aplicable

La escueta norma en comentario refiere solamente a la regulación de los efectos jurídicos de que pueda producir la invocación de la unión convivencial en un Estado distinto del de su localización

2. La unión convivencial

La referencia implícita a la forma de manifestación de la unión no matrimonial que recoge el nuevo Código, debe ser interpretada con suficiente amplitud para captar una diversidad de hipótesis. No existe entre todos los tipos de convivencia no matrimonial una identidad de razón con el matrimonio que permita justificar la aplicación analógica de los preceptos que regulan la institución matrimonial a las uniones no matrimoniales. Las uniones libres no matrimoniales se presentan como un fenómeno multiforme que pueden manifestar por parte de los interesados, indiferencia frente al vínculo matrimonial o su rechazo. Se está en presencia de parejas que establecen una vida en común al margen de las formalidades. Bajo esta noción caben situaciones de distinta naturaleza, ya que puede tratarse de parejas de hecho constituidas entre personas que, estando en condiciones de prestar el consentimiento matrimonial, hubieran obviado los requisitos de la celebración y constituido una vida en común o por el contrario, de las que hubiesen establecido esa convivencia sin ningún tipo de formalidad precisamente porque no reunían los requisitos para poder establecer válidamente una relación matrimonial al amparo de la ley.

Hay que tomar en cuenta, sin embargo, las hipótesis de parejas que han optado por permanecer fuera del matrimonio, que no desean verse atribuir los efectos que se derivarían de una celebración formal del matrimonio. En estos supuestos, la regla en comentario no obliga a la aplicación del derecho del domicilio común, sino que permite estar a la ley aplicable a la concreta pretensión que se ejerce en el proceso.

Las dificultades probatorias serán una consecuencia de la informalidad de las uniones no matrimoniales, que no han realizado ningún tipo de pacto, acuerdo o registración. Debe tenerse presente que no necesariamente el régimen aplicable a la prueba es el derecho del foro, sino que deberá atenderse a las características de la institución a los efectos de la admisibilidad de los medios de prueba más adecuados, ya que sólo algunos sistemas jurídicos prevén su inscripción en un Registro, a los fines de la prueba de su existencia y estabilidad. La prueba también se vería facilitada si la voluntad de convivir maritalmente y con carácter estable se hubiera manifestado inicialmente en un pacto que regule las consecuencias económicas de la convivencia.

3. Acuerdos

Los efectos de la regulación entre las partes sobre pretensiones de carácter patrimonial (respecto de la vivienda común, el régimen de los bienes adquiridos durante la unión, los gastos comunes, la responsabilidad de los convivientes frente a terceros, etc.) serán regidos por el derecho del lugar donde se pretenda la producción de efectos de dicho pacto. En defecto de pacto se deberá encuadrar las pretensiones concretas, atendiendo a su naturaleza y finalidad, dentro del marco de categorías generales como la del contrato, la responsabilidad no contractual o el enriquecimiento injusto.

Sólo los efectos económicos de la ruptura y el derecho a la percepción de alimentos por parte de uno de los miembros de una pareja sin hijos, tendría un cierto paralelismo con el matrimonio. Estas materias serán decididas conforme al derecho del lugar donde se pretenda hacer valer la existencia de la unión como fundamento de la petición. Atento que la disolución que se produce sin la intervención de autoridad judicial cuando falte la voluntad común de mantener la convivencia- las pretensiones de índole patrimonial ejercidas tras la ruptura de la unión quedan también sometidas al lugar donde se pretenda que la unión produzca efectos.

4. Alimentos

El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo.

SECCIÓN 4ª

ALIMENTOS

Por BEATRIZ PALLARÉS

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general en el comienzo del Título IV. BELLUSCIO, CLAUDIO, "La Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias y el Mercosur", *Revista de Derecho de Familia*, nro. 30, 2005, ps. 9-21; CERDEIRA, JUAN JOSÉ, "Jurisdicción, ley aplicable y cooperación internacional en materia de obligaciones alimentarias", *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (www.eldial.com), noviembre 2009; CHALITA, GRACIELA - DI PIERRO, MARÍA VICTORIA, "El título ejecutivo alimentario. Un medio eficaz para la simplificación del proceso de cobro de deudas alimentarias", *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (www.eldial.com), abril 2003; FERRER, HORACIO, "Extensión de la jurisdicción internacional en materia alimentaria. Una solución acertada", ED, 114-101; GALLINO, JULIETA, "Reflexiones sobre los alimentos en el Derecho Internacional Privado", en NUTA, ANA RAQUEL, *Tratado de Derecho Privado Notarial. Derecho Internacional Privado. Homenaje a la profesora Ethel C. Alechâ de Vidal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006; GOICOECHEA, IGNACIO, "El nuevo Convenio de La Haya de 2007 y su posible impacto en América latina", en LLOVERAS, NORA - HERRERA, MARISA, *El Derecho de Familia en Latinoamérica*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2010; HERZ, MARIANA, "Algunas reflexiones en torno a las soluciones de la nueva Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos y el Protocolo Adicional sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias de 2007 y su compatibilidad con el sistema jurídico argentino", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (www.eldial.com), Albremática, Buenos Aires, noviembre 2009; LAJE, RODRIGO - BUIS, EMILIANO - PIÑEIRO, RODRIGO F., "La Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV) y su reciente ratificación", JA, 2002-IV-1052; NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *Cooperación jurisdiccional internacional en conflictos relativos a los niños (desplazamientos y retenciones ilícitas, obstáculos al mantenimiento de relaciones personales con los progenitores, cobro de alimentos)*, relato presentado en las VI Jornadas de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, 2006; PERUGINI, ALICIA MARÍA, "Jurisdicción internacional alimentaria entre cónyuges", LA LEY, 1986-D, 163; RABINO, MARIELA CARINA, "El cobro de alimentos y la cooperación internacional", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2008; RUBAJA, NIEVE, "La jurisdicción internacional en materia de solucio-

nes alimentarias. Soluciones propuestas por la Convención Interamericana", SJA, 2/12/2009; SANTOS BELANDRO, RUBÉN, *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias: reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de la persona*, Ediciones del Autor, Montevideo, 1991; id., "Reclamaciones de alimentos en el ámbito iberoamericano", en CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS - CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA (dirs.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, ps. 775-796; SCOTTI, LUCIANA, "Régimen internacional de las obligaciones alimentarias: aspectos prácticos en el derecho argentino", *www.microjuris.com*, 5/4/2011; SOSA, GUALBERTO L., "La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989)", IA, 1990-I-845; URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA - CRUZ PEHEYRA, LUIS, "Alimentos derivados de las uniones libres o de hecho", *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración (www.eldial.com)*, octubre 2009.

Art. 2629.— Jurisdicción. Las acciones sobre la prestación alimentaria deben interponerse, a elección de quien la requiera, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. Además, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes.

Las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo.

Si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y FUENTES DE LA SECCIÓN

Según se expresa en los fundamentos, la reglamentación contenida en la Sección 4ª, ha seguido la tendencia más moderna de dar a la obligación alimentaria la jerarquía de una categoría autónoma, que encuentra su fundamento en el derecho de la persona humana a la satisfacción de sus necesidades más elementales. Con limitaciones en orden a preservar la razonabilidad del contacto se admite el foro del patrimonio.

Fuentes de la Sección: Código Civil, Argentina, arts. 88, 228; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV), OEA, arts. 6º y 8º; PCDIPr. 2003, art. 31; Código de Derecho Internacional Privado, Bélgica, art. 75; Ley de Introducción al Código Civil alemán, 2009, art. 18 (4); Código Civil de Quebec, Libro X, art. 3096; Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado, México, art. 28.

II. COMENTARIO

1. Los Tratados internacionales

1.1 Convención de Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución en el extranjero de la obligación de prestar alimentos, Nueva York, 1956

La finalidad de la Convención de Nueva York es facilitar al acreedor de alimentos, que se encuentre en un Estado parte de la Convención, su obtención del deudor, que a su vez esté sujeto a la jurisdicción de otro Estado parte. En el marco de esta convención, si una persona que posee propiedades en el territorio de un Estado parte, aunque no tenga residencia en él, podría ser demandado allí si la ley de ese Estado lo sujeta a su jurisdicción por tener allí una propiedad.

1.2. Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, 1989

El art. 8º incluye una serie de jurisdicciones alternativas entre las cuales puede optar el acreedor alimentario: a) el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) el del domicilio o de la residencia habitual del deudor; o c) el del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos. Se le brinda también al actor la posibilidad de la prórroga, a condición de que el demandado en el juicio comparezca sin objetar la competencia. A diferencia de lo establecido en el art. 56 del TDCIM de 1940, se acepta la sumisión tácita a la prórroga de jurisdicción. La Convención desplaza la aplicación de los Tratados de Montevideo, sin embargo, el art.30 expresamente autoriza la aplicación de convenciones ya suscriptas que ofrecieren una solución más favorable al caso.

1.3. Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940

Estos tratados no contienen disposiciones específicamente referidas a los alimentos. Se interpreta que son competentes para entender en las reclamaciones alimentarias entre padres e hijos legítimos, los jueces del

Estado donde se ejerce la patria potestad (arts. 56 y 14, y 56 y 18, respectivamente), entre padres e hijos ilegítimos, los del Estado donde se pretenda hacer valer el derecho alimentario (arts. 56 y 18, y 56 y 22, respectivamente). Entre padres e hijos adoptivos, tendrán competencia tanto los jueces del Estado del domicilio del adoptante como los del adoptado (arts. 56 y 23 TMDCI 1940). Tienen competencia de urgencia para fijar dichos alimentos provisionales, los jueces del Estado donde residen padres o hijos (art. 56 de ambos Tratados). Los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Civil Internacional de 1889 y de 1940 regulan lo relativo a los exhortos, medidas cautelares y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras más alcance general, incluyendo por tanto los supuestos de los alimentos.

III. JURISPRUDENCIA

1. CNCiv., sala I, 31/8/2004, El Dial del 26/11/2004.
2. CNCiv., sala A, 4/8/1985, LA LEY, 207-86 y en ED, 114-99, con comentario de A. Perugini.
3. CNCiv., sala E, ED, 20-123. Fallo denegando la competencia de los tribunales argentinos para conocer en la especie, en contra del tradicional principio atributivo de jurisdicción, *actor sequitur forum rei*.

Art. 2630.— Derecho aplicable. El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario.

Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos.

El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El código sustituido incluía la cuestión alimentaria en el ámbito de otras normas de conflicto regulatorias de las relaciones jurídicas de familia, en tanto que la primera parte del artículo en comentario regula

los alimentos como categoría autónoma en el DIPr., independiente de la relación jurídica que la genera. La segunda parte introduce la autonomía de las partes, en tanto que el párrafo final retoma las soluciones tradicionales en materia de alimentos entre cónyuges. Las fuentes son las mismas que las mencionadas en el comentario del art. anterior.

II. COMENTARIO

1. Los tratados internacionales

Las obligaciones alimentarias entre personas con domicilio o residencia habitual en Estados diferentes plantean problemas jurídicos y prácticos cuya solución debe buscarse preferentemente a través de convenciones internacionales. La evolución metodológica en ese sentido responde a las necesidades del tráfico jurídico internacional, incorporando factores axiológicos en la conexión o localización de la relación jurídica, teniendo en cuenta las políticas gubernamentales y la justicia sustantiva en el caso concreto.

El sistema de DIPr. argentino en materia de alimentos se construye sobre la base de un conjunto de convenios internacionales. Por una parte, los celebrados en el ámbito del Derecho Internacional público consagran la obligación de prestar alimentos de forma que ningún sujeto quede excluido del derecho a percibirlos por el hecho de ser extranjero, menor o residir en otro país. En este sentido se pronuncian los convenios incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1), y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27.4).

En el ámbito del DIPr. debe considerarse la aplicación de Convención Interamericana de 1989 (ley 25.593), los TMDCI de 1889 y 1940, y la Convención de Nueva York del 20 de junio de 1956 (ley 17.156). También que la Convención Interamericana sobre medidas cautelares de 1979 (aprobada por ley 22.921) contempla expresamente la fijación de alimentos provisionales por parte de las autoridades jurisdiccionales competentes en la esfera internacional (art. 2.a).

2. La determinación del derecho aplicable

La segunda parte del artículo dispone que en defecto de acuerdos alimentarios, se aplica la ley que rige el derecho de alimentos. El derecho indicado en el primer y último párrafo del artículo, queda desplazado por lo dispuesto en los acuerdos alimentarios. Los acuerdos se rigen alternativamente por el derecho del domicilio de cualquiera de las partes al momento de la celebración.

La introducción de la autonomía de las pares en esta materia, no debe permitir dejar de lado los objetivos de la institución. Los alimentos tienen como condición o supuesto una situación de desamparo material del peticionante y por objetivo la sobrevivencia del beneficiario. Este criterio deberá respetarse en la aplicación de las reglas de esta sección, especialmente al juzgar acerca de la validez de un pacto que comprometa los intereses del peticionante de alimentos. Deberán tenerse presentes las reglas relativas a capacidad, forma y validez intrínseca de los pactos, así como la función correctora del orden público.

La interpretación de las reglas de atribución de competencia, tanto como la determinación del derecho aplicable en el caso concreto, debe ser esencialmente protectora del crédito alimentario y del acreedor alimentario. En el caso de menores, la fuerza de ese factor se multiplica. El interés del acreedor alimentario otorga fundamentación a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo en comentario, conforme al cual el juez está obligado a comparar las soluciones fundadas en el derecho del domicilio del acreedor alimentario y del domicilio del demandado a efectos a fin de aplicar el que resulte más favorable al interés del peticionante. Éste es el derecho que corresponde aplicar en defecto de acuerdo. Por supuesto, se supone la validez del acuerdo. Si por cualquier causa, el juez decidiera que el acuerdo es inválido, corresponde la aplicación del derecho domiciliar más favorable.

3. El derecho alimentario de cónyuges o convivientes

El párrafo ya no refiere a los alimentos como obligación autónoma, sino derivada de la relación conyugal o convivencial. Corresponde distinguir los alimentos que se soliciten mientras subsiste la relación fundante, en cuyo caso resulta de aplicación el derecho del domicilio conyugal o de la convivencia efectiva. En supuestos de disolución del vínculo, la obligación alimentaria será regulada por el derecho aplicable a la disolución del vínculo, que conducirá a la aplicación del derecho del último lugar de convivencia efectiva.

SECCIÓN 5ª

FILIACIÓN POR NATURALEZA Y POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Por CAROLINA D. IUD

Bibliografía sobre la reforma: SCOTTI, LUCIANA B., "Filiación internacional: una asignatura pendiente en el DIPr. argentino", ponencia disponible en el CD del XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional, AADI, San Miguel de Tucumán realizado los días 4, 5 y 6 de septiembre de 2014; STRAZIUSO, ANDREA, "La codificación del Derecho Internacional Privado Argentino: necesidades y modalidades en el ámbito del Derecho de Familia", relato presentado en el XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional llevado a cabo en Tucumán del 4 al 6 de septiembre de 2014, disponible en www.aadi.org.ar.

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general mencionada al comienzo del Título IV. BARATTA, ROBERTO, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des Cours*, t. 348, 2011; D'ANTONIO, DANIEL H., *Derecho de menores*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1994; GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO D., "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 287, 2000; NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "El derecho internacional privado de la filiación y los valores de fin de siglo", *Revista de Derecho Internacional y de la Integración*, nro. 1, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Santa Fe, ps. 85-97; RUBAJA, NIEVE, *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012; íd., "Estabilidad de los vínculos filiatorios consecuentes del recurso a la gestación por sustitución en el extranjero", *Revista de Derecho de Familia*, 2012-V, ps. 125-147; UZAL, MARÍA ELSA, "Los menores y el derecho internacional privado. La filiación de base biológica. Reflexiones en torno a la ley aplicable, la fecundación asistida y el orden público", *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, año VIII, nro. 10, junio 1994, ps. 27-52.

Art. 2631.— Jurisdicción. Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben inter-

ponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor.

En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil sustituido no contenía disposiciones de DIPr. en materia de filiación. Algunos autores proponían colmar la laguna en materia de jurisdicción internacional a partir de la aplicación analógica de las reglas generales relativas a las acciones personales previstas por los TMCiv. 1889 y TMCiv. 1940 (art. 56) en atención a la inexistencia de reglas especiales en dichos tratados. La disposición en cuestión, en cuanto aquí interesa, consagra la jurisdicción concurrente del domicilio del demandado y de los jueces a cuya ley está sujeto el acto materia de juicio (*forum causae*), lo que obliga a hallar previamente el derecho aplicable a la filiación. La determinación de los jueces competentes a partir del principio del paralelismo se revela como una tarea ardua fruto de que, por una parte, ambos tratados distinguen entre filiación legítima e ilegítima, categorías inadecuadas para las épocas más recientes, y por otro, la existencia de ciertas dudas respecto de la interpretación de algunas de sus disposiciones puestas de manifiesto por los autores indicados en la bibliografía.

No obstante, se ha afirmado la jurisdicción concurrente de los jueces del domicilio del demandado, junto con: a) los del lugar de celebración del matrimonio en los casos en que fuera necesario determinar la filiación legítima o la legitimación por subsiguiente matrimonio; b) los del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo en cuestiones relativas a la legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio; c) los del lugar donde deban hacerse efectivos los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima (conf. arts. 56 de ambos tratados, 16, 17 y 18 del TMCiv. de 1889 y 20, 21 y 22 del TMCiv. 1940). En el caso de la filiación ilegítima y, en tanto la efectividad de tales derechos u obligaciones puede darse en el domicilio de los progenitores o en el lugar del reconocimiento voluntario o en el lugar donde se produce el reconocimiento, se permitiría abrir la jurisdicción argentina si el niño tuviere su domicilio en la República Argentina.

La desaparición en el derecho de fondo de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos llevó a los autores a reemplazar tales expresiones por las de filiación matrimonial y extramatrimonial. Por otra parte, se ha puesto de manifiesto la inconveniencia de la aplicación analógica en forma mecánica de las citadas disposiciones, las cuales, si bien constituirían el punto de partida, deberían ser matizadas por los nuevos prin-

cipios tomando en consideración, por ejemplo, la residencia habitual del hijo, el interés superior del niño y el principio de proximidad, entre otros (Boggiano).

La fuente del art. 2631 es el art. 37 del PCDIPr. 2003.

II. COMENTARIO

El Código termina con los problemas derivados de la laguna existente en el sistema de DIPr. de fuente interna y los generados por la aplicación analógica de los tratados de Montevideo y ratifica la naturaleza federal autónoma de las normas de jurisdicción internacional. Se ha pretendido justificar la formulación multilateral de la norma, discutible técnica legislativa, en el propósito de servir tanto para la apreciación de la competencia de los tribunales propios como para el control de la competencia del juez de origen en la oportunidad del reconocimiento o ejecución de una sentencia dictada en el extranjero (Uzal). Más allá de la crítica que puede formularse a la práctica de seguir verificando este último requisito con arreglo a un criterio de bilateralidad estricto (conduce a considerar que los criterios elegidos por el legislador argentino son universales y los únicos admisibles o razonables), en el caso concreto de la materia regulada en la norma en comentario, el argumento pierde peso en atención a lo dispuesto por el art. 2634.

En consecuencia, debe tenerse presente que, en el fondo, la disposición está determinando en qué casos los jueces de la República Argentina estarían dotados de jurisdicción internacional para entender en acciones de filiación en forma coherente con lo dispuesto por el art. 2601. La utilización de más de un criterio atributivo de jurisdicción, sin ningún tipo de preferencia por uno u otro, tiene como objetivo facilitarle al actor el acceso a nuestros tribunales. Aunque la norma no lo aclara, debe tomarse en consideración el domicilio de quien reclama el emplazamiento o del progenitor o del pretendido progenitor o de la persona que efectúa el reconocimiento, en su caso, al momento de interposición de la demanda.

1. Acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación

Los jueces argentinos serán competentes si: a) quien reclama el emplazamiento filial se domicilia en la República Argentina; o b) si el progenitor o pretendido progenitor se domicilia en la República Argentina.

2. Reconocimiento

Los jueces argentinos serán competentes si: a) la persona que efectúa el reconocimiento se domicilia en la Argentina; b) si el domicilio del hijo

se localiza en la República Argentina; o c) si el hijo ha nacido en la República Argentina.

III. JURISPRUDENCIA

Con la Reforma pierden vigencia, en cuanto a los supuestos ajenos a la aplicación de los Tratados de Montevideo los razonamientos analógicos ensayados por alguna jurisprudencia (CNCiv., sala I, 21/11/2002, ED, 201-154)

Art. 2632.— Derecho aplicable. El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Doctrinalmente se propuso colmar la laguna en materia de derecho aplicable, al igual que en el caso de la jurisdicción internacional, a partir de la aplicación analógica del TMCiv. 1889 y del TMCiv. 1940, con las consiguientes dificultades. Así, filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio quedaban sometidas a la ley que regía la celebración del matrimonio y las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, al derecho del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo (arts. 16 y 17 del TMCiv. 1889 y 20 y 21 del TMCiv. 1940). Si no había domicilio conyugal efectivo a ese momento, se proponía aplicar alternativamente el derecho del último domicilio conyugal o el del domicilio de cualquiera de los cónyuges que favoreciera la legitimidad de la filiación (Boggiano).

En cuanto a la filiación ilegítima, los mencionados tratados sólo prevén la cuestión relativa a los derechos y obligaciones emergentes de ella, esto es a los efectos y no al establecimiento de la filiación, los cuales quedaban sometidos al derecho del Estado en el cual debían hacerse efectivos (art. 18 del TMCiv. 1889 y 21 del TMCiv. 1940). De tal modo, en abstracto, podían devenir aplicables el derecho del domicilio o residen-

cia habitual del hijo, el del domicilio o residencia de los progenitores, el del lugar donde tramitaba el proceso o el de donde tenía lugar el reconocimiento. En concreto, si esta solución se articulaba con la norma que se elaboraba para colmar la laguna en materia de jurisdicción (véase comentario al art. 2631, punto I) y eso conducía a la intervención de los jueces de la República Argentina, éstos debían aplicar nuestro derecho a los efectos que se pretendían hacer efectivos en nuestro país y en especial al reconocimiento. Algunos autores hacían hincapié en la necesidad de una interpretación flexible favorecedora de los derechos del hijo (Boggiano, Uzal). Otros, en cambio, se inclinaban por la aplicación del derecho del lugar de la concepción del hijo (Ciuro Caldani) o bien, distinguiendo si las acciones del hijo contra sus progenitores eran origen delictual o cuasi delictual o familiar; en el primero de los casos se proponía la aplicación del derecho del lugar de la concepción y en el segundo al derecho del lugar donde las mismas eran deducidas (Goldschmidt).

La fuente del art. 2632 es el art. 113 del PCDIPr. 2003, respecto de la primera parte, y el art. 63 de la ley del 16/7/2004 conteniendo el Código de DIPr. de Bélgica, respecto de la segunda.

II. COMENTARIO

Se trata de una norma de conflicto materialmente orientada, fruto del proceso de evolución del derecho internacional privado savigniano hacia uno menos neutral y más preocupado por la solución justa del caso concreto, proceso que se caracteriza por la especialización, la materialización y la flexibilización, tal como ha sido puesto de manifiesto por prestigiosa doctrina (González Campos). El primero de los matices se advierte en la consagración de diferentes categorías (establecimiento e impugnación de la filiación, por un lado y reconocimiento por otro en el artículo siguiente), mientras que el segundo se pone de manifiesto al imponerse la consideración del contenido material de los derechos eventualmente aplicables y su comparación, para determinar cuál es el terminará rigiendo la cuestión (aquel que tenga soluciones más satisfactorias para los derechos fundamentales del hijo). La comparación no debe efectuarse en abstracto sino en concreto tomando en cuenta las especiales circunstancias de cada caso. En cuanto a la flexibilidad resulta menos evidente puesto que, aunque la norma emplea varios puntos de conexión alternativos, son todos rígidos y resulta improbable, por razones fácticas, y muy discutible por razones jurídicas, que el juez pudiere apartarse de alguno de los derechos previstos en la norma mediante el recurso a la cláusula de excepción prevista por el art. 2597 del Código. Sin embargo, cierta nota de flexibilidad, aunque débil, estaría dada porque le deja al juez un margen de apreciación para determinar qué es lo que se entiende por *soluciones más satisfactorias* a los derechos fundamentales del hijo.

Por otra parte, se advierte la preocupación porque el supuesto sea regulado por algún derecho que de alguna manera resulte próximo. Sin perjuicio de la facultad de las partes de alegar y probar la existencia de los derechos potencialmente aplicables (conf. art. 2595), se destaca que la determinación de cuál es el más favorable corresponde al juez y no a las partes.

La norma se hace cargo también de la cuestión relativa al conflicto móvil, precisando el momento crítico en el caso de los puntos de conexión que, por su propia naturaleza, resultan propensos a provocarlo. Así, en el caso del punto de conexión *domicilio del hijo* o del punto de conexión *domicilio del progenitor o pretendido progenitor*, deberá estarse al *domicilio* de éstos al tiempo del nacimiento del hijo. A diferencia de la fuente de esta primera parte del art. 2632 —PCDIPr. 2003, art. 113—, se elimina toda referencia a la residencia habitual del hijo como punto de conexión, lo que ha sido justificado en los Fundamentos en la mayor certeza que brinda el domicilio.

Lamentablemente, los términos excesivamente rígidos del art. 2596 y la consagración del reenvío como regla general con la prácticamente única excepción del ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, priva al juez de la posibilidad de recurrir al reenvío funcional que hubiese resultado muy útil, especialmente, en materia de filiación y conspira contra la voluntad de coordinar sistemas expuesta en los Fundamentos como uno de los justificativos de lo dispuesto en el art. 2596. En consecuencia, frente al caso concreto de establecimiento o impugnación de la filiación, el juez deberá evaluar las soluciones previstas por: a) el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento; b) el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor al nacimiento del hijo; y c) el derecho del lugar de celebración del matrimonio. Una vez comparadas las soluciones, deberá considerar aplicable aquel derecho que brinde las soluciones más satisfactorias para los derechos fundamentales del hijo, derecho que determina también la legitimación activa y pasiva, el plazo para interponer la demanda y los requisitos y efectos de la posesión de estado.

Si todos los puntos de conexión, en un caso de filiación extramatrimonial, sea en forma directa o a través del reenvío condujeran a la aplicación de un Derecho que prohibiera la investigación de la paternidad extramatrimonial —característica de los pertenecientes al sistema musulmán de fuerte apego a la *Sharia*—, por ejemplo, se debe abandonar el razonamiento previsto por el art. 2595, inc. a), y activar el orden público internacional argentino (art. 2600).

La norma omite incluir dentro de los aspectos alcanzados por el derecho aplicable las cuestiones relativas a la carga, medios y apreciación

de la prueba que sí estaban incluidas en la fuente de la segunda parte del art. 2632 (art. 63 del Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica). No se advierten las razones para esa omisión, habida cuenta de que se trata de cuestiones que han sido tradicionalmente calificadas como sustanciales y no como procesales y, por ende, sometidas al mismo derecho que rige el fondo de la cuestión. La falta de una regulación específica para el problema de las calificaciones y las explicaciones dadas en los Fundamentos para justificar esta decisión, conducen a que tales cuestiones queden también alcanzadas por el derecho aplicable así determinado.

Pese a la forma en que se está redactada la norma, entendemos que la legitimación, el plazo para la interposición de la demanda y los requisitos y efectos de la posesión de estado también son indicadores a tener en cuenta en la oportunidad de la comparación de las soluciones de los derechos potencialmente aplicables.

La norma no admite el fraccionamiento ya que todos los aspectos involucrados deben quedar bajo la órbita de un único derecho aplicable. Esto podría generar algunos conflictos valorativos si, por ejemplo, uno de los derechos proveyera una solución más favorable en términos del resultado final pero menos en términos de efectos de la posesión de estado o de plazo para la interposición de las acciones.

Art. 2633.— Acto de reconocimiento de hijo. Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto.

La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio.

La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Las cuestiones relativas al reconocimiento quedaban subsumidas dentro de la temática relativa a la filiación extramatrimonial, por lo que se proponía también colmar la laguna a través de la aplicación analógica de las disposiciones de los tratados de Montevideo con los alcances, limitaciones e inconvenientes antes apuntados.

La fuente del art. 2633 es el art. 35 de la ley 218 del 31/5/1995 de Reforma del sistema italiano de Derecho Internacional Privado 1995.

II. COMENTARIO

Si bien la norma reconoce su fuente en el art. 35 de la ley italiana indicada, en rigor la sigue en cuanto a las categorías que prevé, pero no así en cuanto a su reglamentación.

1. Condiciones del reconocimiento

La norma se vale de dos puntos de conexión alternativos de carácter rígido y podría ser caracterizada también como una norma de conflicto materialmente orientada. El punto de conexión domicilio del hijo puede ser tomado al momento de su nacimiento o al tiempo del acto mientras que el punto de conexión domicilio del autor del reconocimiento debe ser considerado al momento del reconocimiento. Sin perjuicio de la diferencia en cuanto al punto de conexión elegido que muestra el artículo en comentario frente a la norma que le sirviera de fuente, se advierte también que no se ha establecido que la opción por uno u otro derecho deba determinarse según cuál sea más favorable al reconocimiento. Sin embargo, creemos que ésta debe ser la solución, ya que de lo contrario no tendría sentido el empleo de estos puntos de conexión alternativos. Por otro lado, dicha solución se impondría en virtud del interés superior del niño.

2. Capacidad del autor del reconocimiento

La solución adoptada es consecuente con la que se sigue en la norma general en materia de capacidad de las personas humanas (art. 2616).

3. Forma del reconocimiento

La solución adoptada es coherente con la solución propuesta en orden al derecho aplicable y la búsqueda de la efectividad, compatibilizando el *favor filiationis* con el *favor validatis*.

Art. 2634.— Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención

a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Ante la inexistencia de normas específicas para esta cuestión, en estos casos se proponía el recurso al procedimiento de reconocimiento de sentencias extranjeras.

No resulta posible identificar una fuente normativa del nuevo texto pero se advierte su inspiración en los desarrollos doctrinales efectuados por juristas extranjeros de notable prestigio en el ámbito del DIPr., como también en la jurisprudencia foránea y en las ideas subyacentes en algunas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

II. COMENTARIO

La norma resulta coherente con el proceso de modernización del DIPr. y el énfasis puesto en el reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido válidamente en el extranjero con arreglo al derecho extranjero, provenga de una decisión judicial o no, sin someterlo a un proceso especial, consagrando su eficacia casi automática sin necesidad de exequátur. Responde a la técnica del denominado *método del reconocimiento* profusamente desarrollado en el derecho europeo y escasamente analizado, hasta el momento, por los doctrinarios nacionales. El tratamiento que se le da ahora a la cuestión implica, por una parte, una importante reducción de las condiciones a cumplir (por ejemplo, si el emplazamiento se origina en una decisión judicial no se controla la competencia del juez de origen) y, por otro, al independizarse su tratamiento del reconocimiento de sentencias, se permite superar la tradicional regla que, en esa materia, prohíbe la revisión del fondo. Así, queda abierta la posibilidad de expandir el control cuando se sospecha la posibilidad de la existencia de un hecho ilícito en la constitución del emplazamiento correspondiendo su desconocimiento en caso de contrariedad con el orden público con contenido reducido. La norma no sólo debe ser aplicada por las autoridades judiciales, sino también por cualquier otra autoridad integrante de los poderes públicos argentinos a la que le sea requerida su intervención por diversos motivos.

1. Orden público. Reducción del contenido

La norma se encuentra inserta dentro del Título IV relativo a las disposiciones de DIPr., motivo por el cual y aunque no emplee el calificativo de internacional, debe entenderse orden público internacional en

el sentido empleado en el art. 2600 de este Código. Sin embargo, debe tenerse presente que el contenido de ese orden público internacional se ve notoriamente reducido a aquellos principios que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño, interés que en términos generales se satisface cuando su emplazamiento es reconocido.

Si bien el artículo parece haber tenido en miras el reconocimiento de un emplazamiento filial de un niño —por la referencia que efectúa a su interés superior—, a diferencia de las restantes normas de la Sección que aluden al hijo, debe considerarse la posibilidad de que sea un adulto el que necesite que su emplazamiento filial sea reconocido. En tal caso estimamos que el supuesto ha sido previsto en la norma en términos lo suficientemente amplios como para abarcar también ese caso.

2. La filiación por técnicas de reproducción humana asistida y el reconocimiento del emplazamiento filial

La segunda parte del artículo en comentario, teniendo en cuenta la categoría que en él se regula, parecería dirigido, aunque no exclusivamente, a los emplazamientos filiales cuyo origen hubiera sido un contrato de gestación por sustitución regido por un derecho extranjero o llevado a cabo a través de un procedimiento de tales características en el extranjero. La referencia a este tipo de filiación resulta innecesaria como consecuencia de las fuentes de la filiación admitidas por el Código y de la igualdad de efectos consagrada por el art. 558 y porque, en materia de adopción, existen reglas especiales en la sección siguiente, por lo que el supuesto se hallaba contemplado dentro de la generalidad de la norma.

Por otro lado, introduce un ingrediente de complejidad innecesario, como es la afirmación de que los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público, pudiendo inducir a error al intérprete en orden a su concreta determinación. No obstante, es preciso señalar que la referencia debe considerarse limitada a los principios fundamentales en los términos de lo dispuesto por el art. 2600. Si, además, se tiene en cuenta que, en todo caso, deberá adoptarse la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño, parecería evidente que ésta será el reconocimiento de la filiación, lo que ratifica la inconveniencia de la referencia al orden público.

III. JURISPRUDENCIA

Aunque la norma es novedosa en el sistema argentino de derecho internacional privado, pueden considerarse vigentes los criterios sentados en JContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nro. 5, 22/3/2012; JContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nro. 4, 2/1/2013; JPrim. Inst. San Lorenzo, 2/7/2012 (LLLitoral 2012-1250).

SECCIÓN 6ª

ADOPCIÓN

Por CAROLINA D. IUD

Bibliografía sobre la reforma: NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "La codification du droit international privé dans la République Argentine", en FAUVARQUE-COSSON, BÉNÉDICTE - FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. - MONÉGER, JOËL, *Codification du droit privé et évolution du droit de l'arbitrage*, Société de Législation Comparée, Paris, 2014, ps. 65-81; STRAZIUSO, ANDREA, "La codificación del Derecho Internacional Privado Argentino: necesidades y modalidades en el ámbito del Derecho de Familia", relato presentado en el XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional llevado a cabo en Tucumán del 4 al 6 de septiembre de 2014, disponible en www.aadi.org.ar; URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, "Adopción internacional en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012. Jurisdicción y derecho aplicable", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XXII, 2013, ps. 71-109.

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general mencionada al comienzo del Título IV. BARATTA, ROBERTO, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des Cours*, t. 348, 2011; D'ANTONIO, DANIEL H., *Derecho de menores*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1994; INÍGUEZ, MARCELO D., "Adopción internacional", *Revista de Derecho de Familia*, nro. 58, ps. 215-241; NAJURIETA, MARÍA S., *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004; id., "Inserción de adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico argentino", en DREYZIN DE KLOP, ADRIANA - ECHEGARAY DE MAUSSON, CARLOS E. (dir.), *Nuevos Paradigmas de Familia y su reflejo en el Derecho Internacional*, Advocatus, Córdoba, 2011, ps. 111-137; id., "Una nueva mirada sobre la adopción internacional", *Revista de Derecho de Familia*, nro. 30, marzo-abril 2005, ps. 79-95; id., "Adopción internacional viciada y protección del niño mediante el despliegue de la cooperación internacional", en REY CARO, ERNESTO - RODRÍGUEZ DE TABORDA, M. C., *Estudios de Derecho Internacional en homenaje a la Dra. Zlata Drnas de Clément*, Advocatus, Córdoba, 2014, ps. 591-618; RUBAJA, NIEVE, *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012.

Art. 2635.— Jurisdicción. En caso de niños con domicilio en la República, los jueces argentinos son exclusi-

vamente competentes para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción.

Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil sustituido carecía verdaderamente de normas de jurisdicción internacional relativas a la adopción, lo que se ha justificado en la coherencia con la reserva formulada al art. 21, incs. b), c), d) y e) de la Convención sobre los Derechos del Niño y, por tanto, en la consecuente falta de interés en regular la competencia de los jueces argentinos para otorgar adopciones internacionales (Najurieta). Se ha considerado que los arts. 316, en su parte pertinente y el art. 321 inc. a) consagraban normas de competencia territorial interna que tenían en miras guardas preadoptivas y adopciones constituidas en la República Argentina. No obstante, esta situación no impidió que, en su momento, los autores reflexionaran acerca de la problemática de la jurisdicción internacional en la materia, sobre todo antes de la ratificación de la mencionada Convención. Así, cierto sector de la doctrina consideraba competentes a los jueces del domicilio del adoptante y a los del domicilio del adoptado, en tanto la adopción se ajustare al derecho del domicilio del adoptado (Boggiano). Otro sector consideraba que respecto de las adopciones conferidas en nuestro país era aplicable el art. 321, inc. a). Respecto de las conferidas en el extranjero, relacionando diversas normas, consideraba competentes a los jueces o tribunales del domicilio del adoptado y a los jueces del domicilio nacional o extranjero del adoptante en forma concurrente, en tanto lo admitieren sus normas de jurisdicción internacional y siempre que la adopción se ajustare al derecho del domicilio del menor (Dreyzin de Klor - Uriondo de Martinoli).

La fuente del art. 2635 son los arts. 15 y 16 de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores.

II. COMENTARIO

El artículo en comentario resulta consecuente con la reserva formulada por la República Argentina a los incs. b), c), d) y e) del art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

1. Adopción y guarda preadoptiva

Se reafirma la jurisdicción internacional exclusiva de los jueces de la República Argentina para otorgar la guarda preadoptiva y la adopción

de niños con domicilio en nuestro país. A diferencia de las normas que le sirven de fuente se prefiere la conexión jurisdiccional *domicilio a residencia habitual*, lo cual persigue un claro propósito de evitar la manipulación de los elementos que subyacen a la conexión para la preconstitución de una residencia habitual en el extranjero y provocar la elusión de la norma de jurisdicción argentina exclusiva. Indirectamente contribuye a asegurar el respeto a la ley de fondo nacional, tal como fue expuesto en los Fundamentos. A los efectos de la calificación del punto de conexión *domicilio*, debe estarse a lo dispuesto por el art. 2614.

No existe norma alguna que autorice a los jueces argentinos a asumir jurisdicción internacional para el otorgamiento de una adopción de un niño domiciliado en el extranjero y no parece que nuestro país tenga una vocación de imperialismo jurisdiccional. Sin embargo, cabría preguntarse si ello es posible sin caer en una asunción exorbitante de jurisdicción. Aunque fácticamente ello sería altamente improbable, debe tenerse presente la posibilidad de la asunción de competencia con fundamento en lo dispuesto por el art. 2602 (foro de necesidad) e inclusive cabría la posibilidad de una suerte de bilateralización de la norma de competencia territorial interna contenida en el art. 615 tomando como referencia el ordenamiento jurídico del domicilio de origen del niño a ser adoptado (supuesto de que el niño hubiera salido del país de su domicilio de origen en forma lícita con fines de adopción en el extranjero y que la República Argentina fuese el domicilio o residencia habitual de los adoptantes).

2. Anulación o revocación

Los jueces argentinos serán competentes para entender en la anulación o en la revocación de una adopción si: a) fue otorgada en la República Argentina; b) si el domicilio del adoptado se localiza en la República Argentina. En los Fundamentos se ha destacado que la conexión jurisdiccional domicilio del adoptado se justifica en la necesidad de que las autoridades del país en el cual el niño tiene su centro de vida intervengan cuando se advirtieren desvíos o vicios en la finalidad de la adopción, lo que resulta extensible a la constitución misma de la adopción. Cabría preguntarse si debe apreciarse el domicilio del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción o al momento de entablarse la demanda, sobre todo porque a diferencia de la norma que le sirve de fuente no lo ha precisado (el art. 16 de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción, además de que usa la conexión *residencia habitual* en lugar de domicilio, dice "al momento del otorgamiento de la adopción"). Parecería que si se trata de interpretario teniendo en cuenta el objetivo de la norma, habría de estarse al domicilio del adoptado al tiempo de plantearse la anulación o revocación; piénsese que si el adoptado tenía su domicilio al tiempo de la adopción en la República Argen-

tina, la adopción sólo podría haber sido conferida por los jueces argentinos que son los del lugar de otorgamiento; si la adopción de un niño con domicilio en nuestro país al tiempo de la adopción fuese conferida en el extranjero no se reconocería en la Argentina en virtud de lo dispuesto por el art. 2637; sin embargo, parece necesario dotar a los jueces argentinos de competencia para entender en la anulación o revocación de esa adopción conferida en el extranjero. Por otra parte, de esta manera se permitiría el reconocimiento de una sentencia de revocación o anulación de una adopción conferida en la República Argentina pronunciada por un juez extranjero.

3. Una lamentable supresión

El texto original de la norma proyectada por la subcomisión de especialistas contenía un párrafo que rezaba: "Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero". Así, nuestro derecho resolvía una situación que se presenta frecuentemente cuando personas con residencia habitual en la República Argentina inician un proceso de adopción de un niño en un país cuyo derecho exige la presentación de certificados de idoneidad en forma previa a la constitución de la adopción o bien de informes de seguimiento de las condiciones en que se encuentra un niño una vez que ha sido entregado a los adoptantes y que recurren a los tribunales argentinos para su obtención. De esta manera se ponía fin a una jurisprudencia dispar que en algunos casos accedía a estas peticiones y en otros lo negaba, se protegía el interés superior del niño y se garantizaba el acceso a la justicia. La lamentable e infundada supresión ha sido muy criticada en los ámbitos en los que se ha analizado el texto normativo y mantiene la cuestión en un estado de incerteza. No obstante, al no haberse prohibido este tipo de asistencia, entendemos que los tribunales deberían acceder a este tipo de peticiones a mérito de lo dispuesto por el art. 2611, inclusive cuando fueran formuladas directamente por los interesados sin que existiera un solicitud de asistencia judicial concreta dada la amplitud con que ha sido redactada dicha norma. Se ha destacado la conveniencia de que sean autoridades judiciales las que intervengan cuando se trata de informes relativos a la idoneidad de los adoptantes por razones de transparencia (Uriondo de Martinoli).

III. JURISPRUDENCIA

Pese a la supresión del párrafo mencionado en el punto II.3 y por las razones indicadas se estiman vigentes los criterios sentados en "G. M. P.

Q." (SCBA, 10/2/2010); "I. S., G.B. y C., A. H. s/Información Sumaria" (CN-Civ., sala J, 9/5/2012); "R., P. M y otro - acto de jurisdicción voluntaria - sumaria información - recurso de apelación" (CFamilia Córdoba, 2ª Nom., 2/3/2012); "G.S.M. s/información sumaria" (CNCiv., sala M, 28/3/2014).

Art. 2636.— Derecho aplicable. Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción.

La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 339 del Cód. Civil sustituido dio lugar a divergencias interpretativas en relación a si sólo contemplaba los efectos de una adopción constituida en el extranjero o si alcanzaba también a sus condiciones de validez intrínseca y extrínseca. El punto de conexión elegido era el domicilio del adoptado al tiempo de la adopción.

La fuente del art. 2636 no se identifica claramente pero reproduce en líneas generales aunque con una formulación diferente la norma del Cód. Civil sustituido.

II. COMENTARIO

El artículo en comentario concluye con la polémica acerca de qué aspectos de una adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado y mantiene la opción por el punto de conexión domicilio, precisando su momento crítico. Ciertos autores consideraban más apropiado que esas cuestiones se rigieran por el derecho de la residencia habitual. Sin embargo, el punto de conexión domicilio del adoptado cumple una función preventiva, ya que la residencia habitual se presta con mayor facilidad a la manipulación por los interesados con el objetivo de colocarse bajo el amparo de un sistema jurídico diferente de aquel que corresponde, en definitiva *elegir* un derecho aplicable diferente del querido por el legislador. Debe tenerse especialmente en cuenta lo dispuesto por el art. 2614 en relación con el domicilio de las personas menores de edad.

1. Requisitos y efectos de la adopción

Se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción. Es importante tener en cuenta la mención que se efectúa a los efectos puesto que, si bien el art. 2637 contiene una norma que impone el reconocimiento de una adopción extranjera sujeto básicamente a dos re-

quisitos (control de competencia y orden público con ciertas particularidades), no dice expresamente que producirá los efectos propios del lugar de otorgamiento, a diferencia de lo que ocurre con la tutela e institutos similares (art. 2640), en la que se alude al despliegue en la República Argentina de "sus efectos".

Si se trata de la adopción de un niño con domicilio en la República Argentina, debe tenerse presente que, amén de otros requisitos, a diferencia del sistema anterior, pueden ser adoptantes las personas de cualquier nacionalidad que hubiesen residido permanentemente en nuestro país por un período mínimo de cinco años anteriores a la petición de la guarda con fines de adopción pero que ese plazo no se exige a los argentinos nativos o naturalizados (conf. art. 600).

2. Anulación o revocación de la adopción

Se rigen por el derecho del lugar de otorgamiento, lo que resulta lógico, o por el domicilio del adoptado. Al igual que en el caso del art. 2635, cabe preguntarse si deberá estarse al domicilio del adoptado al tiempo de la adopción o al tiempo de plantearse la anulación o revocación de la adopción. Entendemos que la solución ha de ser la misma, esto es, en este último momento. Si la adopción de un niño domiciliado en el extranjero hubiese sido otorgada, por ejemplo, por los jueces de la residencia habitual de los adoptantes a dicho momento, luego trasladado a la República Argentina, los jueces de nuestro país, conforme la interpretación dada al art. 2635 podrían asumir jurisdicción para entender en su anulación o revocación y para ello deberían aplicar el derecho del lugar de otorgamiento o el derecho argentino del domicilio actual del menor. La norma parece poner en pie de igualdad ambos derechos. Sin embargo, entendemos que el interés superior del niño habrá de ser el criterio determinante.

Art. 2637.— Reconocimiento. Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado.

A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil sustituido no regulaba la cuestión y sólo hacía referencia a los efectos de una adopción otorgada en el extranjero, motivo por el cual el reconocimiento debía atravesar el procedimiento previsto por el art. 517 y sigtes. del CPCCN y sus equivalentes de los códigos procesales provinciales. Tales disposiciones, por su generalidad, podían resultar inadecuadas, a lo que se agregaban las dificultades derivadas de la carencia de normas de jurisdicción internacional. Por otra parte, podía considerarse que el art. 339 del anterior Código conducía a adicionar un recaudo sustancial consistente en la evaluación de la regularidad del emplazamiento desde la óptica del ordenamiento jurídico del domicilio del adoptado, o bien directamente considerarlo como un mecanismo de referencia global al ordenamiento del domicilio del adoptado, comprensivo tanto de las normas jurisdiccionales como de derecho aplicable (Najurieta).

La fuente del art. 2637 no se identifica claramente pero se advierte su inspiración, al igual que en el caso del art. 2633, en el *método del reconocimiento*, que se ha desarrollado especialmente en el ámbito europeo inspirado en aportes doctrinales de prestigio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con los necesarios matices requeridos por el contexto socio-jurídico de nuestro país. Así ha sido admitido y explicado en diversos eventos de difusión por la Dra. Najurieta (Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, 14/8/2012, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 18/9/2012, entre otras).

II. COMENTARIO

El artículo en comentario contribuye a salvaguardar el derecho a la identidad y evita que el fenómeno de la frontera impida el goce de los derechos derivados de un estado de familia válidamente adquirido en otro Estado. Se encuentra en línea con lo dispuesto por el art. 11.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y por el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ambos tratados incorporados a la CN. Resulta evidente que se persigue la estabilidad de los vínculos creados por la adopción conferida en el extranjero aunque sujeto a ciertos controles que, en el fondo, persiguen la protección del adoptado al sujetarla a un control jurisdiccional (control de competencia del otorgante) y sustancial (conformidad con el orden público internacional argentino).

1. Control jurisdiccional

La norma considera cumplido el requisito de la competencia del juez otorgante cuando este hubiese sido el juez del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. A los efectos de la determinación del domi-

cilio del adoptado al tiempo del otorgamiento, debe estarse a lo dispuesto por el art. 2614 del Código y muy especialmente lo establecido en su parte final en relación con los niños, niñas y adolescentes que hubieran sido víctimas de una sustracción, traslado o retención ilícitas. La opción por el domicilio del adoptado y no por su residencia, habitual o no, lo que ha sido justificado en los Fundamentos, junto con el control del orden público son herramientas útiles para la detección de una adopción con vicio en el origen.

La norma se hace cargo de la posibilidad de que una adopción hubiera sido otorgada por los jueces del domicilio de los adoptantes, lo que resulta perfectamente posible en algunos Estados, máxime conforme lo dispuesto por el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, La Haya 1993, ya que el hecho de que no hubiera sido ratificada por nuestro país no impide la posibilidad de contacto de adopciones conferidas por las autoridades del domicilio de los adoptantes que circulen internacionalmente. El esquema previsto por el artículo en comentario cierra con el requisito de que dicha adopción pudiere ser reconocida en el Estado del domicilio del adoptado, solución inspirada en el *método de referencia al ordenamiento competente* inicialmente desarrollado por Picone.

A pesar de que normalmente las autoridades competentes para el otorgamiento de una adopción en los ordenamientos extranjeros son judiciales, existen algunos Estados en los cuales las autoridades competentes son administrativas. En estos excepcionales casos, la referencia a *jueces del país del domicilio del adoptado* que efectúa la norma debe ensancharse para incluir a tales autoridades en tanto fueran competentes para ello conforme su propio derecho. Tal interpretación sería acorde con lo dispuesto por el art. 21, inc. a), de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. Control sustancial

Naturalmente que esa adopción no debe contrariar el orden público internacional argentino, control que, al independizarse del método tradicional de reconocimiento de sentencias, no se encuentra limitado por la regla de prohibición de revisión del fondo para posibilitar la detección por ejemplo, de un supuesto de tráfico como antecedente de la adopción. El funcionamiento del orden público en este caso recibe la influencia de dos ideas que de alguna manera lo matizan; una ya es conocida por nuestro sistema jurídico y es la consideración del interés superior del niño y otra no tanto, como es el concepto de *orden público de proximidad*. En este último caso, se destaca que no ha sido adoptado como regla general ni rígida, por lo que se logra superar los inconvenientes de la creación de

sujetos de doble condición o de derechos humanos de geometría variable (Hammje y Muir Watt).

Art. 2638.— Conversión. La adopción otorgada en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado puede ser transformada en adopción plena si:

a) se reúnen los requisitos establecidos por el derecho argentino para la adopción plena;

b) prestan su consentimiento adoptante y adoptado. Si éste es persona menor de edad debe intervenir el Ministerio Público.

En todos los casos, el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil sustituido regulaba la cuestión en el art. 340 y se mantiene la solución hasta ahora vigente, aunque se agrega una directiva en orden a la apreciación de la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen. Las fuentes del art. 2638 son el art. 340 del Cód. Civil sustituido, y el art. 27 de la Convención de La Haya sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional, 1993.

II. COMENTARIO

Si bien nuestro derecho de fondo conoce tres tipos de adopción — plena, simple y de integración— (conf. art. 619), ello no es compartido por todos los sistemas jurídicos del mundo, lo que nos coloca frente a la posibilidad de que, por ejemplo, un juez del domicilio del adoptado o inclusive del adoptante al tiempo de la adopción, competentes conforme lo dispuesto por el art. 2637, hubiesen otorgado la adopción de un niño bajo la forma de una adopción de tipo débil (simple) y que luego la familia pase a residir habitualmente en la República Argentina.

Se ha destacado, por una parte, que los adoptantes por lo general desean que esa adopción pueda ser convertida en una de tipo fuerte (plena) y que su nueva vida familiar no se vea afectada por intromisiones indebidas por parte de las autoridades, al tiempo que se asiste a una tendencia hacia la constitución de vínculos que borren los lazos de sangre y mantengan el anonimato de la familia biológica con mayor evidencia en los casos multinacionales (Najurieta). A tal punto que se ha llegado a afirmar que la única forma de adopción internacional posible ha de ser la plena (Biocca).

Éstos son algunos de los elementos que justifican el dictado de normas que posibiliten esa conversión. Sin embargo, puede hoy ponerse en duda acerca de si en todos los casos esto es verdaderamente lo que favorece el interés superior del niño y se desaconseja el dictado de normas rígidas que le impidan al juez efectuar una evaluación desde esa óptica. Por eso, el artículo en comentario, y como una manifestación de la nota de flexibilidad que atraviesa el DIPr., impone al juez el deber de apreciar en cada caso concreto si resulta conveniente o no mantener el vínculo jurídico con la familia de origen. Por otra parte, entendemos que el juez podría utilizar también la facultad prevista por el art. 621 del Código.

Por lo demás, debe tenerse presente que la conversión a una adopción plena, conforme lo dispuesto por el art. 2638, supone una suerte de reconocimiento incidental o implícito de la adopción simple conferida en el extranjero, conforme lo dispuesto por el art. 2637 y no conforme los mecanismos tradicionales de reconocimiento de sentencias, sin perjuicio de la verificación y control, claro está, de los recaudos formales.

La exigencia del cumplimiento de los requisitos previstos por el derecho argentino y la relativa a los consentimientos resulta conforme con lo dispuesto por el art. 21, inc. a), de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En lo que se refiere al consentimiento del adoptado menor de edad, se destaca que si bien la intervención obligada del Ministerio Público no puede ser dejada de lado, no se releva el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, como tampoco el carácter de obligatorio de su consentimiento cuando fuere mayor de diez años, por así imponerlo el art. 595 del Código, lo cual, por otra parte, resulta acorde a lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Una de las pretensiones que suelen incoar los peticionantes de una conversión consiste en la adición de un segundo nombre al adoptado a lo cual, en principio, corresponde acceder.

III. JURISPRUDENCIA

Aunque no puede afirmarse que en su totalidad pueda considerarse vigente, se destaca que se ha afirmado que "el Juez extranjero no ha invadido jurisdicción argentina (...) ha basado la resolución del caso conforme las reglas de la adopción simple, única forma que contempla la legislación haitiana (...) la madre biológica ha comparecido en la audiencia respectiva y ha prestado su consentimiento, con el debido contralor administrativo del IBESR (...) advirtiéndole que el pronunciamiento sobre el otorgamiento de la adopción se ajusta a las reglas del orden público (*rectius* principios) y el procedimiento seguido en el extranjero ha respetado las garantías del debido proceso, además de haberse reunido los

requisitos de legalización, autenticación y traducción de los instrumentos extranjeros, debe hacerse lugar al reconocimiento de los efectos de la sentencia extranjera de adopción, en cuanto importa un derecho fundamental de la niña, en relación a su filiación por adopción más allá de las fronteras donde fue otorgada (...) poniendo especial atención en el interés de la niña, orientando y condicionando la decisión final, sumado a que nuestra ley admite la transformación de la adopción simple otorgada en el extranjero en adopción plena, dando de este modo una respuesta congruente con la necesidad que originó el cambio de domicilio de adoptante y adoptado, es que resuelvo admitir la conversión de simple a plena" (TCol. Familia Rosario, nro. 7, 5/10/2012, sentencia 1932, inédito).

SECCIÓN 7ª

RESPONSABILIDAD PARENTAL E INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN

Por NIEVE RUBAJA

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general citada al comienzo del Título IV. D'ANTONIO, DANIEL H., *Derecho de menores*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1994; NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "Orden público internacional y derechos fundamentales del niño", ED, 1997-B-1436.

Art. 2639.— Responsabilidad parental. Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía disposiciones en materia de jurisdicción internacional ni derecho aplicable para regir las relaciones paterno filiales. Doctrinalmente se proponía colmar la carencia mediante la aplicación analógica de las disposiciones del TMCiv. 1940, que establece que la patria potestad en lo referente a los derechos y deberes personales se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita, arts. 18 y 56 (Goldschmidt); otra alternativa era someter la ley y la jurisdicción a la residencia habitual del hijo (Boggiano). Esta última conexión ha encontrado fundamento en que allí es donde se encuentra la persona a proteger, sobre todo cuando se trata de padres separados que viven en distintos países en los cuales no es posible determinar en cuál de ellos se considerará que se domicilia el hijo (Dreyzin de Klor - Uriondo de Matinoli).

Además, en esta materia ha resultado relevante la doctrina y jurisprudencia que emanan de las Convenciones internacionales vigentes

en lo relativo a la restitución internacional de niños (Convención de La Haya 1980 y Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Niños) en el sentido de que el juez competente para resolver el fondo del derecho de custodia, en los términos de los arts. 3º y 5º de las aludidas Convenciones, es el del lugar de la residencia habitual del niño anterior al desplazamiento o retención ilícitos. De este modo, la incorporación del criterio que ya estaba instalado en la doctrina y jurisprudencia resulta apropiada y natural. Es también acorde a los parámetros establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y a la tendencia que recoge la legislación extranjera y las fuentes convencionales en la materia.

La fuente del art. 2639 es la Convención de La Haya 1996; arts. 5º y 17 y la ley de DIPr., Bélgica, art. 35.1.

II. COMENTARIO

1. Responsabilidad parental. Derecho aplicable

El precepto legal, mediante una norma de conflicto, pretende aharrar en su tipo cualquier situación que se suscite como consecuencia de la responsabilidad parental y de la cotidianeidad que caracteriza a estos vínculos; así comienza con "Todo lo atinente...". De este modo quedarán comprendidos los deberes y facultades de los progenitores y la comunicación entre cada uno de ellos y el hijo.

En la consecuencia jurídica se elige el derecho de la residencia habitual del hijo que, generalmente, será el que encuentre lazos más estrechos con la facticidad del supuesto y ha sido interpretado como el centro de gravedad de este tipo de casos (Uzal). Además, es la tendencia recogida en las legislaciones nacionales a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (Fundamentos). El corte temporal, en el momento de suscitarse el conflicto, permitirá conseguir mayor precisión en la proximidad de la situación conflictiva y el derecho a regirla frente a la mutabilidad que caracteriza a la residencia habitual. Esta determinación traerá como consecuencia la seguridad jurídica y la prevención de conductas unilaterales por parte de los progenitores que podrían alterar la conexión (*forum shopping*).

2. Cláusula escapatoria

En la segunda parte la disposición ofrece una cláusula escapatoria que facultará al juez a considerar la aplicación del derecho de un Estado distinto del de la residencia habitual del niño con el que la situación tenga vínculos relevantes. Esta posibilidad de flexibilizar el criterio en la determinación del derecho aplicable encuentra su fundamento y límite tanto en el beneficio del interés superior del niño como en la proximidad

del supuesto con el derecho de ese tercer Estado. El recurso a este tipo de herramienta, que ofrece el DIPr., se encuentra justificado en esta materia en atención a las particularidades de cada caso y a la vulnerabilidad de los sujetos a quienes se intenta proteger.

3. Jurisdicción internacional

En atención al fundamento de proximidad que caracteriza a esta conexión y a la solución adoptada en la fuente internacional en la materia (Convención de La Haya de 1980 y 1996), el juez argentino será competente para entender en estos asuntos si la residencia habitual del niño estuviera en el país; concurrentemente con la posibilidad que se encuentre en el país el domicilio o la residencia habitual del demandado, conforme art. 2608. Se considera que la primera alternativa traerá aparejadas las ventajas de que el juez que intervenga aplique su propio derecho y que el caso resulte de mayor proximidad con el foro.

III. JURISPRUDENCIA

Considerar que la patria potestad se rige por la ley del lugar de su ejercicio, la residencia habitual del hijo, representa múltiples ventajas: privilegia la actuación del juez de la comunidad en el cual ese menor tiene su centro de vida con suficiente inmediatez, atiende al interés superior de los niños y su derecho a ser oído, sigue la tendencia jurisprudencial y doctrinal del Derecho Civil y del DIPr., propende a un mínimo de conflictos, entre otras (CNCiv., sala I, 26/12/1997).

La jurisdicción competente para sustanciar cuestiones vinculadas a la tenencia de los menores debe ser la de su lugar de residencia. El eje de la cuestión controvertida queda indisolublemente ligado al centro de vida de los niños estableciendo una conexión con el juez natural encargado de resolver. A criterio del tribunal la sentencia que se pretende ejecutar, al emanar de un tribunal que carece de competencia para conocer en la controversia, produce una doble vulneración de nuestro ordenamiento al infringir no sólo el inc. 1º del art. 515 del ritual sino también su inc. 4º, al desentenderse la decisión del necesario resguardo al "centro de vida" de los menores. En el Dictamen del Subprocurador General, luego compartido y reproducido por la Corte, se sostiene que el criterio de la residencia habitual de los niños ha sido la pauta escogida por la Convención de La Haya 1996 (art. 5º) y por el artículo en comentario (SCBA, 14/6/2014).

Art. 2640.— Tutela e institutos similares. La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, se rigen por el de-

recho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador.

Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido en los arts. 400 a 405 contenía disposiciones relativas a la determinación del juez competente y de derecho aplicable para discernir la tutela. La primera cuestión tomaba como criterio la conexión domiciliaria como solución general, es decir que el domicilio de los padres del menor al tiempo de su fallecimiento determinaba al juez competente. Además, contemplaba dos supuestos en los cuales resultaba también competente el juez argentino si allí se encontraba la última o la residencia actual de los padres del menor y aquéllos hubieran tenido su domicilio en el extranjero. Finalmente, para los menores abandonados o expósitos, se establecía la competencia del lugar donde éstos se encontraran. Para la segunda cuestión, el derecho aplicable, el art. 404 establecía la aplicación de la *lex fori*; luego, en los arts. 409 y 410 se preveía la aplicación de la ley del lugar de la situación de los bienes para las cuestiones relativas a su administración y enajenación. El art. 475 extendía la aplicación de las leyes de la tutela a la curatela.

Sin embargo, el Código Civil no contenía disposiciones que aludieran a otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable. De este modo, el criterio incorporado por la reforma resulta novedoso aunque acorde a los parámetros establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y a la tendencia que recoge la legislación extranjera y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La fuente del art. 2640 es la Convención de La Haya 1996, arts. 3º, 5º y 15; el PCDIPr. 2003, art. 117, y la ley de DIPr., Bélgica, art. 35.1.

II. COMENTARIO

1. Tutela, curatela y demás institutos de protección de los sujetos amparados

El precepto legal contempla a la tutela, la curatela y demás institutos de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida; y deter-

mina, mediante una norma de conflicto, que regirán por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate. La proximidad entre el caso y el derecho elegido resulta coherente con el fin de la protección pretendida. En igual inteligencia la norma realiza un corte temporal al establecer que la conexión deberá considerarse al momento de los hechos que den lugar a la designación del tutor o curador. Para la determinación de ese derecho deberá tenerse en cuenta la calificación que contienen los arts. 2614 y 2615 para cada supuesto.

Cabe destacar que la disposición hace una referencia integral al derecho elegido sin aludir específicamente a las cuestiones relativas al discernimiento, ejercicio, administración, rendición de cuentas, ni en torno a los bienes de la persona a proteger, entre otras.

2. Otros institutos de protección constituidos conforme al derecho extranjero

La norma, en su segunda parte, establece el reconocimiento y el despliegue de efectos en el país de otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes que hubieran sido regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, fijando como límite para ello la compatibilidad con los derechos fundamentales del niño. Se ha interpretado que la norma no resulta excluyente de otros institutos que puedan existir respecto de sujetos con capacidades restringidas o incapaces aunque no se trate de menores de edad (Uzal).

El supuesto no implica el reconocimiento de un acto jurisdiccional extranjero sino, propiamente, de la forma de colocación o de reubicación de niños creada en el extranjero. Para ello, se recurre al llamado "método de reconocimiento" expuesto en diversas exposiciones orales por Najurieta en oportunidad de presentar la Reforma contenida en este título (v.gr., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 14/8/2012). En consecuencia, se evita el trámite previsto en el art. 517 del CPCCN y sus equivalentes en los códigos procesales provinciales. Esta posibilidad obedece principalmente a la consideración del derecho a la estabilidad de los vínculos familiares como un derecho humano fundamental, en concordancia con decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, dentro del límite fijado estrictamente en referencia a los derechos fundamentales del niño —que resulta mucho más reducido del que propone la confrontación con el orden público internacional—, se admite la inserción de instituciones provenientes de sistemas culturalmente diferentes respetando sus particularidades, tal como el caso de la *Kafala*. De este modo no se requiere, necesariamente, la asimilación del instituto creado en el extranjero a las propias del foro salvaguardando, asimismo, el derecho a la identidad del niño de que se trate.

3. Jurisdicción internacional

La norma no precisa esta cuestión de modo expreso. Sin embargo, en atención al fundamento de proximidad que caracteriza a la conexión elegida, a la inmediatez del juez de la causa con el sujeto a proteger y a la tutela judicial efectiva de este último, el juez argentino será competente para entender en los asuntos comprendidos en el primer párrafo de la norma si el domicilio de la persona cuya protección se trate se encuentra en el país (en el sentido de los arts. 2614 y 2615). Sumado a ello, en el caso de menores de edad esta alternativa redundará en beneficio de su interés superior. Además, esta solución resulta acorde a la propiciada en el ámbito convencional que sirve de fuente a este artículo y a los Fundamentos.

III. JURISPRUDENCIA

No se observan casos que respondan al criterio actual. Cabe referir, sin embargo, a un precedente de la Corte Sup. en el que, pese a tratarse de un caso interno, su fundamento también podría justificar la jurisdicción internacional: "Más allá de que el art. 400 Cód. Civil estipula que el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio, esta regla no es absoluta y debe ser interpretada a la luz del "interés superior del niño" (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño), por lo cual resulta competente para entender en las actuaciones el juez del lugar donde los menores viven efectivamente" (CSJN, Competencia 492. XLIV, 28/4/2009).

Art. 2641.— Medidas urgentes de protección. La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía disposiciones relativas a las medidas urgentes de protección respecto de los sujetos que contempla esta norma. Doctrinal y jurisprudencialmente se proponía colmar la carencia mediante: a) la aplicación analógica de las disposiciones del TM-

Civ. 1940, según el cual estas medidas se rigen por el derecho de la residencia de los padres, tutores o curadores y son competentes los jueces de la residencia de las personas (arts. 30 y 61) (Boggiano); interpretación que debía extenderse no sólo respecto de residencia de los padres, sino también de la persona sobre la que recaía la medida urgente (Goldschmidt); b) la aplicación de la ley y la jurisdicción de la residencia habitual del hijo puesto que aquél no debía ser considerado como objeto de las facultades de la patria potestad que se otorgaba a los padres sino que debía ser sujeto de protección de las normas jurídicas (Dreyzin de Klor - Uriondo de Matinoli).

En ese contexto, algunos instrumentos internacionales vigentes preveían el recurso a medidas de urgencia para cumplir con los objetivos convencionales, aunque limitado al ámbito de aplicación, fundamentalmente espacial y material, de aquéllos (v.gr. las Convenciones Interamericanas sobre Obligaciones Alimentarias, art. 15, sobre Restitución Internacional de Niños, art. 19, sobre Tráfico Internacional de Menores, art. 16, sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 9º; la Convención de La Haya 1980, art. 2º; el Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, art. 12). De este modo, la incorporación de esta norma viene a cubrir una evidente necesidad para la protección de los derechos fundamentales de los sujetos alcanzados de un modo más eficiente y con esencia en el principio de cooperación internacional, art. 2611 y Fundamentos.

La fuente del art. 2641 es la Convención de La Haya 1996, art. 11 y el PCDiPr. 2003, art. 118.

II. COMENTARIO

1. Jurisdicción internacional. Derecho aplicable

El precepto legal contempla la jurisdicción para adoptar medidas urgentes y necesarias de protección prescribiendo la competencia de las autoridades judiciales del país cuando las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida se encuentren en el territorio (Uzal). Además, puede interpretarse que también comprende aquellos supuestos en que los bienes de los sujetos alcanzados se encuentren en nuestro país; sobre todo, puesto ello resulta coherente con la norma del art. 2603, que determina la competencia de los jueces argentinos para decretar estas medidas en general y de la que deberá inferirse quiénes pueden solicitarlas. Asimismo, en esos supuestos se indica la aplicación de la *lex fori* para la adopción de las aludidas medidas. La remisión que efectúa el legislador al derecho interno del juez que entienda en el asunto evita cualquier tipo de razonamiento en relación con un eventual

reenvío, obteniéndose una solución más próxima y efectiva en atención a la urgencia que caracteriza a estos casos.

Luego, en este marco, el juez deberá fijar artesanalmente el contenido de las medidas que resulten necesarias a los fines de la protección, tales como la retención de pasaportes, prohibiciones de salida del país, comparecencia regular ante autoridades judiciales o administrativas, protección del patrimonio, entre otras.

2. Obligación emergente de la norma

La disposición deja expresamente asentada la obligación del juez que dicte estas medidas de poner en conocimiento de aquéllas al Ministerio Público y, si correspondiere, a las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada. Se dejan a salvo de esta obligación los casos que involucran la protección internacional de refugiados (Uzal). La competencia en el dictado de estas medidas radica, fundamentalmente, en la urgencia de la protección que se solicita, por lo que puede resultar que la autoridad con competencia para entender en el fondo del asunto de que se trate sea la misma que haya intervenido en el dictado de aquéllas o una distinta. Por ello, en consideración al carácter provisional de estas decisiones y, en su caso, al deber de cooperación jurisdiccional internacional —que se desprende esencialmente del art. 2611—, deberá cumplirse con esta obligación a los fines de la intervención de la autoridad que resulte con competencia para entender en la cuestión principal en cada caso; éstas, presumiblemente, podrían ser las del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada. De allí que en relación con los refugiados se exceptúe la obligación en atención a su particular situación, por lo que cobrará especial relevancia la apertura de jurisdicción contenida en el art. 2602.

III. JURISPRUDENCIA

Las medidas decretadas agotaron su finalidad: "...que la menor no fuera sustraída del país una vez restituida a su madre para garantizar la defensa de la contraria y evitar que se burlara a la jurisdicción" (CNCiv., sala B, 26/9/1989).

SECCIÓN 8ª

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

Por PAULA MARÍA ALL

Bibliografía sobre la reforma: ECHEGARAY DE MAUSSION, CARLOS E. - MASTRANGELO, FABIO, "Comentario al art. 2642", en: Audiencia Pública - Provincia de Córdoba, 4/10/2012, http://ccycn.congreso.gov.ar/ponencias/cordoba/pdf/016_FABIO_MASTANGELO.pdf.

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general citada al comienzo del Título IV. ARCAGNI, JOSÉ C., "La Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y el derecho internacional privado tuitivo", LA LEY, 1995-D, 1025; CÓRDOBA, JULIO C., "Breves apóstilas sobre un nuevo caso de restitución internacional de menores", DFyP, 2012-85; FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., *La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989*, Instituto Interamericano del Niño (OEA), Montevideo, 1991; GOICOECHEA, IGNACIO, "Derecho Procesal de Familia y funcionamiento de Convenios Internacionales. El caso del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", en *Derecho procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008; GONZÁLEZ MAGAÑA, IGNACIO - FERNÁNDEZ, ERIKA, "Una correcta interpretación del interés superior del niño como eje para resolver la restitución internacional de un menor", DFyP, 2012-94; GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, "Compatibilidad de las Convenciones Interamericanas y Universales en materia de familia y niñez: evolución y análisis", Seminario de Derecho Internacional, Cooperación jurídica en materia de derecho de familia y niñez, OEA, DDI/Doc. 14/11, 10/10/2010, disponible en www.oas.org; GRAIEWSKI, MÓNICA, "Restitución internacional de menores. Límites al conocimiento de los jueces: un fallo con matices interesantes", DFyP, 2013, 69; MENICOCCHI, ALEJANDRO, "El interés superior del niño: su localización en la residencia habitual. A propósito de las convenciones relativas a los aspectos civiles de la sustracción y restitución de menores", DFyP, 2009, 3; NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "La restitución internacional de menores y el principio del 'interés superior del niño'. Un caso de aplicación de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores", JA, 2006-I-43; RAPALLINI, LILIANA, "Los alcances de la participación del niño en los procesos de restitución internacional. El buen y debido uso de los tratados internacionales", LNBA, 2007-10-

1136; RUBAJA, NIEVE, "Restitución internacional y cooperación internacional en la CIDIP IV. Aplicación a un caso argentino-paraguayo", JA, 2006-IV-30; *id.*, "Los criterios se unifican. Los Tratados se cumplen", AP 0003/015191, 18; *id.*, "La estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores Inego de emitida la orden de restitución. Recursos judiciales disponibles" (Ponencia), XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar: "Las familias y los desafíos sociales", Mar del Plata, 22-26/10/2012; *id.*, "Responsabilidad del Estado en procesos de restitución internacional de niños", RDF, nro. 65, 2014; SCOTTI, LUCIANA, "La garantía del debido proceso en un caso de restitución internacional de menores", DFyP, 2011-66; *id.*, "Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores", DFyP, 2009-65; SEOANE DE CHIODI, MARÍA DEL CARMEN, "Autoridades centrales. Su razón de ser en el ámbito de la Convención de La Haya de 1980", en: C. Fresnedo de Aguirre (coord.), *Las personas frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado*, Jornadas de la ASADIP 2010, CEDEP / ASADIP, Asunción, 2010; SEONE DE CHIODI, MARÍA DEL CARMEN - GOICOECHEA, IGNACIO, "Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", LA LEY, 1995-D, 1412; URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA, "Restitución internacional de menores. Aplicación del derecho convencional", ED, 173-827; UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones en torno a la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980", ED, 169-1253; WEINBERG DE ROCA, INÉS M., "Sustracción y restitución internacional de menores", LA LEY, 1995-C-1281.

Art. 2642.— Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil sustituido no contenía ninguna disposición sobre restitución internacional. Sin embargo, en el DIPr de fuente convencional debe destacarse que nuestro país es parte de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1969, la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 y, a nivel bilateral, del Convenio argentino-uruguayo sobre protección internacional de menores de 1981.

Las fuentes del art. 2642 han sido la Convención de La Haya de 1980, el Documento de la Conferencia de La Haya "Ejecución de órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 - Hacia principios de buenas prácticas", 2006, puntos 1.3, 4, 5 y 6 y el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

II. COMENTARIO

El art. 2642 establece, en primer lugar, que en la materia rigen las convenciones vigentes, lo cual es lógico y va en sintonía con lo preceptuado por el art. 2594. La contribución principal de la norma es extender los principios generales contenidos en las convenciones vigentes en la Argentina a todo supuesto que involucre un desplazamiento, retención o sustracción de menores de edad que dé lugar a pedidos de localización y restitución internacional, incluso a los supuestos que queden fuera del ámbito de aplicación de tales tratados. Se efectúa así "una remisión en blanco a todas 'las convenciones internacionales vigentes' en la materia en Argentina, cuyos institutos quedarán, de este modo, incorporados en el derecho interno" (Uzal).

La obligación de los tribunales argentinos ("los jueces deben") de procurar adaptar al caso los principios contenidos en los convenios, asegurando la necesaria consideración del interés superior del niño (Najurieta), constituye una acertada inclusión ya que permite solucionar controversias que se presentan ante los jueces en los cuales se encuentran involucrados otros Estados que no son parte de las Convenciones vigentes en la materia. Si un juez argentino debe resolver un caso que no queda sujeto al ámbito de aplicación de ninguna convención vigente, la norma lo habilita a aplicar los principios contenidos en los tratados (Rubaja). De esta forma, el Código termina con los inconvenientes derivados del vacío de regulación en la fuente interna, estableciendo un deber para los jueces quienes, cuando no resulte posible la aplicación del derecho con-

vencional vigente, deben aplicar los principios generales que surjan de tales instrumentos.

El segundo párrafo contiene una norma material atinente a la seguridad con que debería efectuarse el regreso del niño o adolescente, estableciendo que el juez competente para decidir la restitución no sólo debe supervisar dicho regreso seguro tras una orden judicial de restitución, sino que debe fomentar las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

El tercer párrafo admite la posibilidad de que el juez argentino que toma conocimiento del inminente regreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos pueden verse amenazados, disponga medidas anticipadas no sólo para asegurar su protección sino también, en caso de corresponder, para el adulto que acompaña al menor. Tales medidas pueden efectivizarse ya sea a pedido de parte legitimada o a requerimiento de una autoridad extranjera competente.

Una cuestión que llama la atención es que, más allá de que se debe considerar fundamental lo dispuesto por el art. 2611 en cuanto establece el principio de cooperación jurisdiccional, en la norma no se ha incluido de manera expresa las comunicaciones judiciales directas como una facultad al alcance de las autoridades intervinientes. Tampoco éstas han sido incluidas en el art. 2612, que establece: "Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto". En ese sentido, la falta de inclusión de las comunicaciones directas no debe llevar a que los jueces argentinos rechacen esta posibilidad frente a la eventualidad de poder establecer comunicación con los jueces del Estado de refugio o de la residencia habitual, ya sea directamente o mediante la actuación de los Jueces de Enlace designados por cada uno de estos Estados. En muchos supuestos la comunicación directa es, no sólo la medida que resulta más efectiva en la práctica, sino la única que garantiza que se cumplan los objetivos perseguidos por los Tratados con la celeridad que estos casos requieren.

Tal como lo señala Rubaja, "los jueces al aplicar las Convenciones en la especie, deben atender tanto a los textos normativos como a los principios que emanan de aquéllos. Estos principios serán comprensivos de todos los recursos, cuestionarios, Guías de Buenas Prácticas, Ley Modelo, recomendaciones, conclusiones, elaboradas en el marco de esas convenciones; todo ello puede ser calificado como el *soft law* consolidado internacionalmente en la especie (González Martín). Estos principios, a pesar de no gozar de efecto vinculante o coercitivo, "deben instalarse en la conciencia general de los operadores del derecho para ser empleados en la búsqueda de soluciones a estas problemáticas. Además, ello resulta

concordante con lo dispuesto por el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en relación a las pautas interpretativas de aquellos" (Rubaja).

III. JURISPRUDENCIA

1. La Cámara ha señalado que "la carencia de previsión expresa en nuestra ley positiva respecto de las medidas a adoptar para la restitución de menores en el ámbito internacional, permite utilizar como pauta orientadora las prescripciones del Convenio que sobre la materia se suscribiera con la República Oriental del Uruguay de 1981 y aprobada por ley 22.546, por plasmar normativamente los fundamentos que nutren este delicado tema de minoridad" (CNCiv., sala B, 26/9/1989, *www.infojus.gov.ar*).

2. En el caso, el padre del niño petitionó la restitución internacional de su hijo a España, país en el cual residía en forma habitual, con fundamento en el convenio de La Haya sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores. El fallo señala que "la pronta restitución exigida en la normativa compatibiliza con el sentido del mecanismo de restitución internacional, esto es, no entrar a debatir sobre la cuestión de fondo —tenencia, visitas, etc.— sino la de ordenar, si se dan los requisitos exigidos por la Convención, que el menor sea restituido a su país de origen, de donde fue ilegalmente sustraído. De esta manera, se busca proteger, en el plano internacional, las consecuencias perjudiciales que pueden acarrear al menor cuando es víctima de esas conductas por parte de uno de sus progenitores o de un tercero, no permitiendo el cumplimiento de derecho de custodia y de visitas a la persona, institución u organismo que detente el mismo" (CSJN, 7/12/2011, DFyP, 2012 [marzo], 94).

3. El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ordenó la restitución de un niño a su lugar de residencia habitual en España, pedido instado por su madre. El padre del menor se opuso a la restitución en virtud de la enfermedad que sufre la requirente, vinculada a la adicción al alcohol y drogas, por la cual se está tratando pero aún sin alta médica. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al pronunciarse respecto del recurso extraordinario interpuesto, por mayoría, confirmó la sentencia impugnada, aplicando el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores. Cabe en este caso destacar las medidas que dispuso la CSJN para garantizar el regreso seguro del menor (CSJN, 21/2/2013, Sup. Doctrina Judicial Procesal, 2013 [abril], 33). Véase asimismo CSJN, 21/5/2013, LA LEY, 3/6/2013, 11; y CSJN, 21/2/2013, LA LEY, 6/6/2013, 4).

SECCIÓN 9ª

SUCESIONES

Por PAULA MARÍA ALL

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general al comienzo del Título IV. ALBORNOZ, JORGE R., "El régimen internacional de la transmisión hereditaria", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe*, nro. 1, 1982; BORETTO, MAURICIO, "El problema de la unidad y de la pluralidad sucesoria en el Derecho argentino", *LLGran Cuyo*, 2000-437; CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, "Unidad o fraccionamiento e la sucesión internacional", *Juris*, 31-223; CÓRDOBA, MARCOS, "Convención sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (Adoptada en La Haya el 20 de octubre de 1988)", *LA LEY*, 1993-D, 970; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L., "La división sucesoria en el Derecho Internacional Privado", *LA LEY*, 2012-D, 1172; "El control de constitucionalidad del derecho extranjero en materia de sucesiones internacionales", *elDial*, 24/5/2013; FERMÉ, EDUARDO L., "El régimen sucesorio en el derecho internacional privado argentino", *JA*, 1967-III-50; HOOFT, E. R., *Sucesión hereditaria. Jurisdicción internacional y ley aplicable. Unidad y pluralidad. Doctrina y jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1981; HOOFT, Eduardo, "Sucesiones en el derecho internacional privado del Mercosur", *LA LEY*, 2005-A, 1422; NAJURIETA, MARÍA SUSANA., "El Derecho internacional privado argentino en materia sucesoria-Propuesta de reforma", ponencia al X Congreso Argentino de Derecho Internacional y XIV de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Mendoza, sept./1997; NIELSEN, E., "Validez en el país de los testamentos otorgados en el extranjero de acuerdo a las leyes del domicilio de los otorgantes", *JA*, 1948-II-60; PARDO, ALBERTO, "La unidad sucesoria en el Código Civil. Reafirmación del principio", *LA LEY*, 1982-A, 696; *id.*, "Un análisis de casos de sucesión internacional", *LA LEY*, 1987-A-336; PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, ALICIA M., "La teoría de la unidad en una sucesión internacional y cuestiones aledañas", *LA LEY*, 1987-D, 805; RADZYMSKI, A., "La herencia vacante en el derecho internacional privado argentino", *ED*, 145-317; SMITH, JUAN C., "En torno al régimen internacional de las sucesiones", *ED*, 68-828; *id.*, "Sobre la conveniencia de la pluralidad sucesoria en nuestro derecho internacional privado", *LA LEY*, 1981-C, 1066; SOTO, ALFREDO M., "Un caso de derecho internacional privado argentino sucesorio", *ED*, 2010-237; UZAL, MARÍA ELSA, "El problema sucesorio en el Derecho internacional privado. Ley aplicable", Relato para el X Congreso Argentino de Derecho Internacional y XIV de la Asociación Argentina de Derecho Inter-

nacional, Mendoza, sept./1997; WEINBERG, INÉS M., "Sucesión internacional", LA LEY, 1985-C, 1204.

Art. 2643.— Jurisdicción. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cód. Civil sustituido la norma general de jurisdicción internacional estaba en los arts. 90, inc. 7º, y en el primer párrafo del art. 3284, los cuales consagraban, siguiendo a Savigny, el sistema de "unidad de jurisdicción". En virtud de la primera disposición, el domicilio que tenía el causante determinaba el lugar en el que se abría la sucesión y, conforme a la segunda, la jurisdicción sobre la sucesión correspondía a los jueces del último domicilio del difunto. De esta forma se evidenciaba un paralelismo de competencias legislativa y jurisdiccional, ya que se hacía coincidir en el país del domicilio del causante tanto el derecho aplicable (conforme al art. 3283 del Cód. Civil sustituido) como la jurisdicción competente. Por otra parte, el art. 3285 del Cód. Civil sustituido contemplaba la hipótesis de que el causante tuviese un "heredero único" y, en tal caso, las acciones debían dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero. La doctrina entendía que esta jurisdicción no era exclusiva, sino concurrente con la del juez del último domicilio del causante (Hooff). Así, de acuerdo a lo contemplado expresamente en dichas normas, los jueces argentinos tenían jurisdicción si el último domicilio del causante estaba en Argentina o si el domicilio del heredero único que aceptaba la herencia se encontraba en nuestro país.

Según el art. 3284 del Cód. Civil sustituido, el último domicilio del causante determinaba la jurisdicción, pero se entendía que ésta no era exclusiva sino concurrente con la de los jueces de los lugares en los que existieran bienes (Boggiano). En numerosos fallos la jurisprudencia argentina, tanto de manera explícita como implícita, se había pronunciado en el sentido de que si el último domicilio del causante estuviese en el extranjero y hubiera bienes en la Argentina, sujetos a la ley argentina, se debía abrir la sucesión en el país. De esta forma, no sólo los bienes inmuebles situados en el país (conf. art. 10 Cód. Civil sustituido), sino también los bienes muebles con situación permanente en Argentina (conf. art. 11 Cód. Civil sustituido) se consideraban sujetos a la ley sucesoria argentina y, por tanto, se admitía la jurisdicción porque el derecho aplicable era el argentino (*forum causae*). Dicho en otros términos, el lugar

de situación de los bienes justificaba la apertura de la jurisdicción argentina para entender en la sucesión internacional.

De acuerdo a lo sostenido por Goldschmidt, la apertura de jurisdicción argentina en virtud de la existencia de bienes en el país, más que encontrar asidero en los arts. 10 y 11 del Cód. Civil sustituido (que se referían a derecho aplicable), tenían su justificación en la aplicación analógica del art. 16 de la ley 14.394 —que para los casos de ausencia y muerte presunta otorgaba jurisdicción en subsidio de la basada en el domicilio o residencia del ausente en el país a los jueces del lugar en que existen bienes—; así, tanto la doctrina como la jurisprudencia argumentaban que habiendo bienes relictos en territorio argentino, el juez de nuestro país debía considerarse competente (téngase en cuenta que con la entrada en vigor del nuevo Código la ley 14.394 queda derogada). En la misma tesitura, cabe señalar que los arts. 66 y 63 del TMDCI de 1889 y 1940, respectivamente, establecen la apertura de tantos fueros sucesorios como lugares de radicación de bienes hereditarios existan.

II. COMENTARIO

1. Jurisdicción concurrente

La mayor innovación en materia sucesoria aparece en esta norma, ya que la misma establece de manera expresa que para entender en la sucesión por causa de muerte son competentes los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos (*forum rei sitae*). De esta forma, la jurisdicción no corresponde única y exclusivamente a los jueces del último domicilio del *de cuius*, sino que se consagra el criterio del foro patrimonial. Con la redacción propuesta no sólo se deja establecido que la jurisdicción de los jueces del último domicilio del causante no es exclusiva, sino que se da cabida al criterio doctrinal y jurisprudencial imperante en el tema.

2. Los criterios utilizados

Con respecto al primer criterio jurisdiccional sentado en el artículo comentado no hay innovación con relación a la solución establecida en el Cód. Civil sustituido, pero sí con relación a la inclusión del segundo criterio del juez del lugar de situación de los bienes inmuebles en forma concurrente (se utiliza la palabra "o" para separar las dos conexiones jurisdiccionales). El art. 2643 en su redacción no establece que la "regla general" en materia de jurisdicción sucesoria es la de los jueces del último domicilio del causante, "salvo" o "excepto" que existan bienes inmuebles situados en Argentina sino que, por el contrario, establece una concurrencia.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede ante la hipótesis de un causante con último domicilio en el extranjero que deja bienes muebles situados en Argentina. En principio, de acuerdo a la norma comentada, sólo tendrían jurisdicción el juez extranjero del último domicilio, ya que el criterio del foro patrimonial está restringido en la norma a la existencia de bienes "inmuebles" en el país. Sin embargo, la jurisprudencia anterior a la vigencia del Código también había consagrado la posibilidad de abrir la jurisdicción argentina en caso de bienes "muebles con situación permanente en el país". En este sentido, la nueva norma no alude a este tipo de bienes ya que, al desaparecer el art. 11 (que establecía que dichos bienes eran regidos por la *lex situs*), el Código —en el Título III referido a los bienes— alude en el capítulo I solamente a los inmuebles por su naturaleza (art. 225), a los inmuebles por accesión (art. 226), y en el caso de los muebles el art. 227 los define como las "cosas que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa"; es decir, el Código deja de lado las calificaciones establecidas en el art. 11 respecto de si los bienes muebles eran con o sin situación permanente en el país y cuál era la ley que los regía. Por ende, salvo que un bien mueble entre en la categoría de "inmueble por accesión", no habría posibilidad de otorgar jurisdicción al juez argentino por la sola existencia de bienes muebles en el país. En este caso, si el causante tenía domicilio en el extranjero y el acervo hereditario está compuesto solamente de bienes muebles situados en nuestro país, en virtud de la nueva norma los jueces argentinos carecen de jurisdicción para entender en el juicio. Si bien la nueva norma establece un foro patrimonial, no alude a la palabra "bienes" (en sentido amplio comprensivo de inmuebles y muebles —o al menos muebles de situación permanente—), sino que dicho foro queda restringido solamente a los bienes inmuebles. En este sentido, la norma de jurisdicción del Código tiene un criterio más estricto que el sentado por los TMDCI de 1889 y de 1940 y por el art. 42 del Proyecto de Código de DIPr. de 2003, que establecía la jurisdicción de los jueces "del lugar de situación de los 'bienes hereditarios' respecto de éstos".

Cabe aclarar que el art. 2643 *in fine* otorga jurisdicción a los jueces del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos. Vale decir que el *forum rei sitae* no atribuye competencia a los tribunales argentinos sobre la totalidad de la sucesión, es decir sobre los bienes inmuebles situados en Argentina y los bienes inmuebles situados en el extranjero, sino sólo con relación a los primeros.

3. Jurisdicción de los jueces del heredero único

Otra particularidad del Código es que desaparece la jurisdicción de los jueces del domicilio del heredero único del causante consagrada en el art. 3285 del Cód. Civil sustituido.

III. JURISPRUDENCIA

1. El art. 3284 del Cód. Civil dispone que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto, sin perjuicio de lo cual se ha decidido que cuando existe un bien inmueble en el país corresponde abrir su sucesión en la jurisdicción en donde éste se encuentra para liquidarlo (conf. CNCiv., sala C, 3/3/1981, LA LEY, 1988-C, 63 y ED, 95-185; *id.*, sala E, LA LEY, 1988-B, 542; *id.*, sala B, 3/11/2000, LA LEY, 2001-C, 460; *id.*, sala F, 4/5/2000, elDial, AA31E8) (CNCiv., sala G, 16/8/2011). El mismo criterio ha seguido la CNCiv., sala G, 15/2/2010, EDFA, 13/28, www.diprargentina.com.

2. En doctrina se ha dicho que no sólo los inmuebles sitos en el país (art. 10 Cód. Civil), sino también los muebles con situación permanente en él (art. 11 Cód. Civil) se consideran sujetos a la ley sucesoria argentina por reiterada jurisprudencia. Esto significa que se admite la jurisdicción porque el derecho aplicable es argentino. El lugar de situación de los bienes determina la jurisdicción argentina para entender en la sucesión internacional (Boggiano, Antonio) (CCiv. y Com. Dolores, 31/3/2011, www.diprargentina.com, publicado por Julio Córdoba el 8/6/11).

3. Es competente para entender en un juicio sucesorio el juez del lugar del fallecimiento del causante, si de la prueba producida no es posible definir con claridad cuál fue su último domicilio, máxime si allí se domicilian la mayor parte de los presuntos herederos (CNCiv., sala I, 7/4/2011, LA LEY, 2011-C, 592).

4. Resulta competente el juez del lugar donde se encuentran ubicados los inmuebles que integran el acervo hereditario, y no el del último domicilio del causante, para entender en la sucesión de éste pues, razones de economía procesal aconsejan la intervención del magistrado de la jurisdicción donde se encuentran los bienes que componen la herencia, máxime cuando, el proceso radicado en esa jurisdicción se inició con anterioridad y se encuentra más avanzado en su trámite (CNCiv., sala E, 5/3/2009, LA LEY, 2009-C, 98).

5. Es competente la justicia nacional para dictar las medidas requeridas por los causahabientes que pretenden conocer el estado y situación de los bienes del causante existentes en el extranjero y en el país con la finalidad de determinar el haber sucesorio, pues aun cuando el causante haya tenido radicado su último domicilio en el extranjero, todos los peticionarios tienen nacionalidad Argentina y domicilio en el país, por lo cual constituiría un excesivo rigorismo imponerles la obligación de concurrir ante los tribunales extranjeros (...) Que en relación al problema de saber si la justicia argentina tiene competencia internacional, ante la existencia en el país de bienes permanentes, hallándose el último domicilio del difunto en el extranjero, se han elaborado diversas doctrinas:

la que sostiene la falta de jurisdicción, propiciando la unificación de la jurisdicción y de la ley aplicable en favor del Estado extranjero del último domicilio; la que entiende que se da una concurrencia de jurisdicciones internacionales, teniendo tanto competencia el juez foráneo del domicilio póstumo, como el juez nacional de radicación de los bienes, pero con la salvedad de que si entiende éste, aplicará la ley del último domicilio del causante; y por último están los partidarios del fraccionamiento o pluralidad absolutos, quienes atribuyen competencia a los jueces del lugar de situación de los bienes, pero afirmando que el juez del *situs* debe aplicar la ley local (Hoofft) (CNCiv., sala K, 26/4/2006, LA LEY, 2006-C, 875).

6. En el caso, la Cámara se declara competente para entender en la sucesión si, pese a tener el causante domicilio en el extranjero, posee un bien inmueble en la Ciudad de Buenos Aires. (...) La existencia de un bien inmueble del causante en la jurisdicción del juzgado, torna procedente la competencia de éste para entender en la sucesión, siendo indiferente a tal fin la existencia de un número mayor de bienes en extraña jurisdicción. De conformidad con lo dispuesto por el art. 3284 del Cód. Civil, corresponde que entienda en el juicio sucesorio el juez del último domicilio del causante, esto es, el del lugar donde tuvo el asiento principal de su residencia y de sus negocios (arg. conf. art. 89, Cód. Civil); pero no obstante que tal domicilio haya estado radicado en el extranjero, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 del Cód. Civil, igualmente corresponde la intervención de los jueces argentinos —jurisdicción internacional concurrente y *lex rei sitae*— y la competencia corresponde al juez del lugar en que el mismo se encuentre (CNCiv., sala B, 3/11/2000, LA LEY, 2001-C, 460).

7. Aun cuando en el art. 3283 del Cód. Civil se sienta el principio de la unidad de la sucesión, recibe las excepciones consagradas en los arts. 10 y 11, por lo que cuando existen bienes inmuebles en el país, la sucesión se abre en la Argentina, con prescindencia del domicilio del causante. (...) Por aplicación de lo dispuesto por el art. 10 del Cód. Civil, haciendo una excepción al principio de la unidad de sucesiones (art. 3283, Cód. Civil y su nota), corresponde admitir la competencia del juez del lugar donde se hallan situados en la República los bienes inmuebles, o al de cualquiera de los lugares donde esos bienes estuvieran situados si fueren varios (CNCiv., sala C, 3/3/1981, LA LEY, 1981-C, 63 con nota de Werner Goldschmidt).

Art. 2644.— Derecho aplicable. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cód. Civil sustituido los arts. 3283 y 3612 sometían la sucesión *ab intestato* y la testamentaria (validez intrínseca y efectos del testamento) —respectivamente— a la ley del domicilio del causante al momento de su muerte. De esa forma el Código adoptaba el sistema de la “unidad pura” sucesoria, en virtud del cual se sometía íntegramente la sucesión por causa de muerte a una sola ley. Ahora bien, el alcance del principio de unidad se veía restringido no sólo por la nota al art. 3283, sino también por lo establecido en el art. 10 del Cód. Civil sustituido y por la práctica de la jurisprudencia que admitía criterios de fraccionamiento.

La nota al art. 3283 generó en la doctrina discusiones entre los seguidores de las teorías de la unidad y del fraccionamiento ya que la citada disposición dejaba a salvo lo relativo a inmuebles locales, disponiendo que debían quedar sometidos a la *lex situs*. “La doctrina internacionista argentina que sostenía la idea de la unidad hizo esfuerzos por conciliar los textos normativos con la interpretación histórica —basadas en las notas—, y así llegó a propiciar la necesidad de armonizar el art. 3283 del Cód. Civil sustituido con las dos partes de la nota de dicho artículo, afirmando la unidad de la ley aplicable (último domicilio del causante), con la excepción derivada del art. 10 del Cód. Civil sustituido sometiendo los inmuebles argentinos a la ley local, en tanto que los demás inmuebles y la totalidad de los muebles quedarían abarcados por la ley domiciliar” (Albornoz). En este sentido la jurisprudencia civilista se mostraba fuertemente fraccionadora aplicando el derecho argentino a la herencia de inmuebles locales y muebles con situación permanente en el país, quedando bajo la órbita de la ley del último domicilio los bienes muebles respecto de los cuales se pudiese probar la intención de trasladarlos al extranjero (Uzal).

II. COMENTARIO

1. Unidad atenuada

La norma sigue el sistema de la unidad, al considerar que la sucesión *mortis causae* se rige por el derecho del domicilio del causante el tiempo de su muerte. No sólo se inclina por el sistema domiciliar sino que también soluciona el problema del conflicto móvil, ya que precisa que el derecho del domicilio del *de cuius* se determina temporalmente al momento de su fallecimiento. La primera parte de la disposición constituye una norma de conflicto. Sin embargo, la segunda parte entraña una norma de policía (internacionalmente imperativa) al disponer que “respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino”, recepcionando de esta forma la solución del art. 10 del Cód. Civil sustituido, solución sostenida en forma casi unánime por la jurisprudencia. Es decir que toda la sucesión se rige por una sola ley, la del domicilio del

causante al tiempo de su muerte pero, respecto de los bienes inmuebles localizados en nuestro país, se aplica inexorablemente la *lex fori* argentina. Podría afirmarse que se está frente a la consagración del sistema de la unidad, aunque éste aparezca mitigado por la necesidad de aplicar derecho argentino a los bienes situados en el país. Dicho de otro modo, si un causante fallece, la sucesión se rige por la ley del último domicilio de éste al tiempo de su muerte y dicha ley regula la transmisión de los bienes muebles e inmuebles que se encuentren en el extranjero; sin embargo, si existe un bien inmueble en Argentina, respecto de ese bien se aplica derecho argentino.

2. Las diferentes imágenes de sucesiones y el funcionamiento coordinado y efectivo de sistemas

Las diferentes imágenes típicas que pueden apreciarse en los ordenamientos jurídicos de cada país llevan en la práctica a dificultades muy serias para la resolución total y efectiva de los casos sucesorios multinationales, especialmente cuando los bienes aparecen situados en territorios cuyos ordenamientos jurídicos difieren en cuanto a la ley o leyes aplicables a los bienes en ellos situados, dándose discordancias entre aquéllos y la idea plasmada en una sentencia judicial en la que el juez ha plasmado un proyecto de solución ajustado al sistema de su propio ordenamiento jurídico. Así, los mayores inconvenientes pueden estar vinculados con las sentencias que disponen sobre la transmisión de bienes inmuebles por una ley diferente de la interna propia del país de situación, pudiendo sobrevenir las negativas a reconocer tales sentencias privándolas total o parcialmente de efectividad, y colocando a los pretendidos herederos ante una multiplicación de trámites judiciales que obstaculizan —a veces de manera insuperable— el logro de una solución definitiva y justa del caso sucesorio (Albornoz).

Cabe preguntarse si resulta viable un funcionamiento coordinado y efectivo de los sistemas sucesorios, máxime en el caso de bienes inmuebles, ya que los Estados, en líneas generales, establecen que la transmisión de los mismos debe efectuarse conforme a la *lex situs*, lo cual “puede llevar a una verdadera ruptura del caso multinacional, convirtiéndolo en varios trozos de caso e impidiendo, por tanto, una única solución del mismo” (Albornoz). El reenvío quizás sea un procedimiento apto para lograr la armonía entre sistemas sucesorios cuyas calificaciones de herencia resulten diferentes. Debería también tomarse en cuenta la armonización prevista por el art. 2595.

3. El principio de efectividad

Más allá de la discusión sobre la antinomia unidad-pluralidad sucesoria que se ha mantenido en nuestro país, resulta necesario tomar

en consideración el principio de efectividad de las decisiones en los supuestos en los que la ley a aplicar sea una, y no coincida con la de algún país en el que hayan quedado bienes inmuebles relictos. Si bien la norma establece que el estatuto sucesorio es unitario y que está dotado de competencia general para regular la totalidad de las fases que comprende la sucesión *mortis causae*, debe tenerse presente que la misma disposición contempla en su parte final una norma de policía y que, por ende, para los inmuebles situados en nuestro país no puede prescindirse de la aplicación de la *lex rei sitae* (Radzyminski). Por ende, en caso de una sucesión abierta en el extranjero en la que se aplique la ley del domicilio del causante al momento de su muerte, pero en la que existan bienes inmuebles situados en la Argentina, resultará necesario la interacción de ambas leyes, aplicando así la *lex situs* para los bienes inmuebles radicados en el país y dejando la ley domiciliar para los restantes bienes.

La última parte de la art. 2644, al establecer una norma de aplicación exclusiva (basada seguramente en fuertes motivos de orden público y soberanía), desplaza a la primera parte del art. que contiene la norma de conflicto general en materia sucesoria. De esta forma, todos los bienes integrantes del acervo sucesorio se consideran sujetos a la ley domiciliar, con la excepción de los bienes inmuebles radicados en nuestro país a los que se aplica la ley argentina (Boggiano).

III. JURISPRUDENCIA

1. Parecería lógico que la ley aplicable a la liquidación y adjudicación de la herencia fuese una y no varias, según dónde se encuentren los bienes. Pero pesan simultáneamente las razones de orden público que aconsejan evitar la extraterritorialidad de la ley extranjera. De modo que tratándose de bienes inmuebles situados en el territorio de la República, el derecho de sucesión será exclusivamente regido por la ley argentina, a la cual deberán someterse los sucesibles cualquiera fuese el domicilio del causante. La regla de la unidad encontraría aquí una de sus más importantes excepciones ante los términos claros del art. 10 (CNCiv., sala C, 3/3/1981, LA LEY, 1981-C, 63 con nota de Werner Goldschmidt).

2. Se trata del derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es decir a la adquisición *ut universitas* que, como tal, está sometida a una única ley (principio de unidad sucesoria) que es la del último domicilio del causante. Esta ley puede ser diversa a la que rige la adquisición de bienes o derechos *ut singuli* comprometidos en la universalidad (CNCiv., sala F, 3/11/2005, LA LEY, 2006-B, 469).

3. Resulta aplicable el art. 3612 del Cód. Civil, y por tanto que el contenido del testamento se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte. Complementando la misma con

el art. 3283 del mismo cuerpo legal, lo referido al objeto queda regido por la ley vigente al momento de la muerte del testador (CNCiv., sala I, 19/5/2005, LA LEY, 2005-D, 614).

4. Ver JNCiv. 20, 10/8/2009, www.diprargentina.com, publicado por Julio Córdoba el 19/5/2011.

5. Debe aplicarse al caso de autos el derecho argentino por la situación de los bienes relictos (arts. 10 y 11 Cód. Civil) (CNCiv., sala I, 24/5/2011, ED, 16/6/2011).

Art. 2645.— Forma. El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El tema de la forma de los testamentos se encontraba regulado en los arts. 3634 a 3638 del Cód. Civil sustituido, los cuales preveían diferentes soluciones para las hipótesis de: a) testamento hecho en la Argentina, ya fuese su autor argentino o extranjero (art. 2634); b) testamento hecho por un argentino en el extranjero (arts. 3635 y 3636); c) testamento hecho por un extranjero domiciliado en Argentina (arts. 3636 y 3637), y d) testamento otorgado por un extranjero que testaba fuera de su país pero no en Argentina (art. 3638). Así, los testamentos hechos en la Argentina, ya fuesen los testadores argentinos o extranjeros, debían serlo en alguna de las formas establecidas por la ley local (art. 3634); es decir, conforme a lo dispuesto por el art. 3622 del Cód. Civil sustituido, las formas ordinarias de testar eran el testamento ológrafo, por acto público y cerrado.

Otra situación contemplada era la del argentino que podía testar en el extranjero de acuerdo a las formas establecidas por la ley del lugar de otorgamiento y ese testamento sería siempre válido aunque el testador volviese a la Argentina y en cualquier época que muriese (art. 3635). Asimismo, también tenía la posibilidad de otorgar un testamento escrito en el extranjero ante un ministro plenipotenciario argentino, un encargado de negocios o un cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar de otorgamiento con el sello de la legación o consulado (art. 3636). Si no lo hacía ante el jefe de legación, era necesario seguir el procedimiento establecido en el art. 3636 del Cód. Civil sustituido.

En el caso de los extranjeros que tenía su domicilio en la Argentina, éstos podían acudir a las autoridades indicadas en el art. 3636 y en las

condiciones establecidas por los arts. 3637. Sin embargo, la doctrina sostenía que era irrazonable no permitir que una persona extranjera otorgara testamento en las formas autorizadas a un argentino en el exterior (Boggiano).

Finalmente, con respecto al testamento hecho por un extranjero que testaba fuera de su país, se disponía que sólo tendría efecto en nuestro país si el mismo fuese otorgado de acuerdo de acuerdo a las formas del país de origen del testador, las del lugar en que se encontraba o por las formas reguladas en la ley argentina (art. 3638).

Con relación a la fuente de la norma, se evidencia una gran influencia en su redacción de la Convención de La Haya sobre el conflicto de leyes relativo a la forma de las disposiciones testamentarias de 1961.

II. COMENTARIO

La nueva disposición no diferencia si el testador es argentino o extranjero y tampoco alude a los testamentos otorgados en la Argentina, sino que se centra, directamente, en aquellos efectuados en el extranjero. La norma establece que el testamento otorgado en el extranjero es válido en nuestro país si es hecho según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales establecidas. Esta norma de conflicto recepta el principio del *favor testamenti* mediante el recurso a un amplio catálogo de conexiones alternativas para favorecer la validez del acto testamentario. Con respecto a las "formas legales establecidas" debe entenderse que se refiere a las formas estipuladas por el Código.

Aunque nuestro país no sea parte de la Convención de La Haya sobre el conflicto de leyes relativo a la forma de las disposiciones testamentarias de 1961 (en vigor desde 1964 y de la que son signatarios 41 Estados en la actualidad), se evidencia una gran influencia de su articulado en la redacción del art. 2645. Si bien el texto coincide en lo sustancial con el artículo de la mencionada Convención, la norma argentina se aleja en varias cuestiones: en primer lugar la Convención se refiere a "disposiciones testamentarias" en lugar de "testamentos" —como lo hace el Código—, lo cual podría favorecer la validez formal de éstas (Calvo Caravaca - Carrascosa González); en segundo lugar, no contiene como posibilidad la de aplicar, con respecto a testamentos que versen sobre inmuebles, la ley del lugar de su ubicación y, en tercer lugar, opta por solucionar el tema del conflicto móvil en el caso de domicilio, residencia habitual y nacionalidad "al momento de testar" solamente; en este sentido, la Convención es más amplia, disponiendo que tales puntos de conexión también pueden determinarse "al momento de testar" o "al momento

del fallecimiento del testador", criterio seguido —por otra parte— por el Proyecto de Código de DIPr. de 2003 en su art. 121. Finalmente, la Convención alude a que el testamento será válido si es otorgado conforme a cualquiera de las "leyes internas" que especifica el art. 1º, excluyéndose de tal forma el reenvío, cosa que no sucede con el art. 2645, que se refiere simplemente a la "ley" de determinados lugares.

III. JURISPRUDENCIA

1. Es evidente entonces que si la disposición del art. 3638 tiene por objeto facilitar la validez del testamento admitiendo las leyes del lugar en que fue hecho o de la nacionalidad del que lo otorga, no puede, en consecuencia, interpretarse el mismo en forma limitativa e inferir de ello que debe excluirse el testamento realizado conforme a la norma general establecida por el Código en su art. 3634, pues la excepción tiende a facilitar el acto, y como excepción autoriza la ley extranjera, pero nunca puede ser excluyente de la ley argentina (C2ª Civ. Cap., 11/9/1945, JA, 1945-IV-384).

2. En el fallo se aplican los arts. 3634, 3635 y 3638 del Cód. Civil (CNCiv., sala J, 28/4/2011, ED, 5/8/2011, con nota de J.M. Trillo).

Art. 2646.— Testamento consular. Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un Cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento la autenticación de la legación o consulado.

El testamento otorgado en la forma prescripta en el párrafo precedente y que no lo haya sido ante un jefe de legación, debe llevar el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pie de él y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto debe ser siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el Cónsul, si no hubiese legación. Si no existe un consulado ni una legación de la República, estas diligencias deben ser llenadas por un ministro o Cónsul de una nación amiga.

El jefe de legación y, a falta de éste, el Cónsul, debe remitir una copia del testamento abierto o de la carátula

del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del Cónsul en su caso, lo debe remitir al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento debe ser remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez nacional de primera instancia para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El testamento consular estaba previsto en los arts. 3636 y 3637 del Cód. Civil sustituido

II. COMENTARIO

El art. 2646 unifica en una sola norma las situaciones previstas en los arts. 3636 y 3637 del Cód. Civil sustituido, reproduciendo casi textualmente sus soluciones, aunque de la lectura comparativa pueden apreciarse algunos cambios. El primer párrafo del art. 2646 establece que resulta válido el testamento escrito otorgado en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en el Estado si lo hace ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento la autenticación de la legación o consulado. Surgen aquí dos diferencias con la regulación del Cód. Civil sustituido: la primera es que la norma vigente no alude a testigos "argentinos o extranjeros" sino simplemente a "testigos", y la segunda se refiere a que la norma vigente establece que el instrumento debe contar con la "autenticación" de la legación o consulado, y no con el "sello" como decía la reglamentación anterior.

Debe destacarse que el art. 3637 ha sido seguido al pie de la letra en el art. 2646 pero separándolo en tres párrafos, donde se establecen los pasos a seguir. De esta forma, aquel testamento que hubiese sido otorgado siguiendo lo dispuesto en el primer párrafo y que no lo haya sido ante un jefe de legación, debe necesariamente llevar el visto bueno de éste. La norma establece la forma en cuanto al lugar en que debe hacerse: en el caso del testamento abierto al pie de él, y en el supuesto del testamento cerrado sobre la carátula. El testamento abierto debe ser siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el

cónsul, en el caso de que no hubiese legación. Si no existe un consulado ni una legación de la República, estas diligencias deben ser llenadas por un ministro o cónsul de una nación amiga.

El jefe de legación y, a falta de éste, el cónsul, debe remitir una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del cónsul en su caso, lo debe remitir al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio. No hay cambios con respecto a la regulación anterior.

Ahora bien, si no se conoce el domicilio del testador en la Argentina, el testamento debe ser remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez nacional de primera instancia para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe. El único cambio es que en la redacción actual el ministro de Relaciones Exteriores debe remitir el testamento a un "juez nacional de primera instancia", mientras que en la redacción del Cód. Civil sustituido debía enviarlo a "un juez de primera instancia de la Capital".

III. JURISPRUDENCIA

CNCiv., sala J, 28/4/2011, ED, 5/8/2011.

Art. 2647.— Capacidad. La capacidad para otorgar testamento y revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cód. Civil sustituido, el art. 3611 establecía que la ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, era la que decidía su capacidad o incapacidad para testar. De acuerdo al art. 3613, la calificación de esta capacidad dependía sólo del tiempo de otorgamiento, con la finalidad de preservar la validez del testamento (*favor testamenti*) otorgado cuando el testador era capaz contra una invalidez sobreviniente provocada por una causa de incapacidad ulterior. En cuanto a la revocación del testamento en el Cód. Civil sustituido, el art. 3825 disponía que estaba regida por el derecho argentino si el testamento revocado se había otorgado en nuestro país o si el revocador tenía su domicilio en la República al tiempo de la revocación.

El art. 3825 del Cód. Civil sustituido parecía contener, para las hipótesis descriptas, una norma de policía que imponía exclusivamente el derecho argentino a la revocación. (Boggiano). En cambio, si el testa-

mento revocado hubiese sido otorgado en el extranjero y fuese revocado por el testador domiciliado en el extranjero en el momento de la revocación, esta última era regida por el derecho del lugar en que se había otorgado el testamento o por el derecho del domicilio del testador al tiempo de otorgarlo (art. 3825). Para estos supuestos el art. 3825 contenía una norma de conflicto con elección alternativa de los derechos aplicables antes señalados. El art. 3825 establecía una "reglamentación complicada y de dudosa razonabilidad", porque no tomaba en cuenta conexiones contemporáneas al acto de la revocación (Boggiano). De esta manera se prefería el derecho del testamento revocado al derecho del lugar de la revocación actual. Ya la doctrina había advertido que resultaría más justo permitirle al testador que revocara su testamento según el derecho de su domicilio al tiempo de la revocación, como si fuera a otorgar un nuevo testamento, máxime que el Cód. Civil sustituido acogía el principio según el cual el testamento posterior revoca al anterior (art. 3828 Cód. Civil sustituido) y la revocación sólo puede ser efectuada por testamento posterior (art. 3827 Cód. Civil sustituido). Estas ideas estarían más de acuerdo con un tratamiento de la revocación como si fuera un nuevo testamento (Boggiano).

La norma actual sigue el criterio de art. 60 del Proyecto Goldschmidt, del art. 47 de la ley italiana de DIPr. de 1995, y del Libro Octavo.

II. COMENTARIO

De acuerdo a la nueva norma, tanto la capacidad para regir el testamento como para revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto. La disposición resulta adecuada y su aplicación práctica es más sencilla en comparación con las normas del Cód. Civil sustituido. Sin embargo, nótese que en el art. 1200 del Proyecto de Código de DIPr. de 2003 se dejaba expresamente establecido que la capacidad para testar o revocar un testamento se regía por el derecho que "fuera más favorable a la capacidad", pudiendo ser éste no sólo el del domicilio del testador (como en la fórmula actual), sino también el de la nacionalidad.

III. JURISPRUDENCIA

CNCiv., sala J, 24/5/2011, ED, 16/6/2011.

Art. 2648.— Herencia vacante. Si el derecho aplicable a la sucesión, en el caso de ausencia de herederos, no atribuye la sucesión al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos ubicados en la Argentina,

pasan a ser propiedad del Estado Argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil sustituido regulaba separadamente el tema de las sucesiones vacantes (arts. 3539 a 3544) y la sucesión del Fisco (arts. 3588 y 3599). La herencia vacante estaba regulada por disposiciones del Cód. Civil (basado en el Cód. Civil francés), y de los Códigos Procesales. Así, el art. 3539 del Cód. Civil sustituido establecía que una herencia se consideraba vacante si luego de la citación por edictos durante treinta días o pasado el tiempo para hacer el inventario, nadie se hubiera presentado. El Título VII del Libro VII del Cód. Civil sustituido regulaba en los arts. 3539 a 3544 las sucesiones vacantes” estableciendo el procedimiento a seguir. El art. 3544 establecía que cuando no hubiere acreedores a la herencia, y se hubiesen vendido los bienes hereditarios, el juez de la sucesión, de oficio o a solicitud fiscal, debía declarar vacante la herencia y satisfechas todas las costas y el honorario del curador, pasar la suma de dinero depositada, al Gobierno Nacional o al Gobierno Provincial, según fueren las leyes que rigen sobre las sucesiones correspondientes al fisco.

Con respecto a la sucesión del Fisco el art. 3545 —refiriéndose a las sucesiones intestadas— disponía quiénes eran llamados a suceder, concluyendo que no habiendo sucesores (descendientes del difunto, ascendientes, cónyuge superviviente, parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en el Código), los bienes correspondían al Estado nacional o provincial”.

Por su parte el art. 3588 del Cód. Civil sustituido establecía que “a falta de los que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces o muebles, que se encuentren en el territorio de la República, ya sea extranjero o ciudadano argentino, corresponden al Fisco, Provincial o Nacional, según fueren las leyes que rigen a este respecto”. Tal como lo sostuviera el propio Vélez Sarsfield en la nota a dicha norma, “los bienes relictos pertenecen al Estado, no como heredero, sino en virtud de su derecho de soberanía sobre los bienes sin dueño”. En este sentido, el inc. 3º del art. 2342 del Cód. Civil sustituido disponía que “eran bienes privados del Estado general o de los Estados particulares: los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código”.

El texto vigente sigue en su redacción, casi literalmente, lo dispuesto por el art. 49 de la ley italiana de DIPr. de 1995. En la misma línea se sitúa el art. 36 de la ley venezolana de DIPr. de 1988.

II. COMENTARIO

La nueva disposición parte de la hipótesis de una sucesión en la cual no hay herederos. De acuerdo a la norma, si el derecho aplicable a la sucesión no atribuye la sucesión (quizás hubiese sido mejor referirse a los bienes tal como lo hacía el art. 123 del Proyecto de Código de DIPr. de 2003) al Estado del lugar de situación de los bienes, los bienes relictos situados en nuestro país pasan a ser propiedad del Estado Argentino, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la provincia donde estén situados.

Vale decir que si la *lex successionis* no atribuye los bienes al Estado del lugar de situación de los mismos, todos aquellos bienes que forman parte del patrimonio del causante y que se encuentren localizados en Argentina pasan a ser parte de la propiedad del Estado (nacional, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o provincial), según el lugar de su situación. Se evidencia una reivindicación de la propiedad del Estado argentino en virtud de que los bienes se encuentran situados en nuestro país. La norma no diferencia entre bienes muebles o inmuebles, sino que solamente se refiere a “bienes relictos situados en la Argentina”.

III. JURISPRUDENCIA

1. La Corona Británica ejerce una pretensión basada en su soberanía y en el dominio eminente que de ella se deriva sobre otros bienes que no sean los ubicados en su propio territorio. “La preferencia de la pretensión soberana del Estado argentino frente a toda pretensión sucesoria de un Estado extranjero —que la nota al citado artículo resuelve en favor del primero— presupone la existencia de una herencia vacante (CSJN, 9/6/1994, JA, 1995-I-646).”

2. Luego del fallecimiento del causante, si hubiera herederos, la transmisión se produce en el mismo momento de la muerte y al no haberlos, el Fisco es considerado propietario sin necesidad de un título traslativo de propiedad, ni de posesión, de todos aquellos bienes que dentro de su territorio carecen de otro dueño. (...) La herencia vacante se tipifica por la ausencia de parientes con vocación sucesoria, según el art. 3588, aunque con el alcance que le da la doctrina en el sentido que ningún sucesor del causante consolida su vocación. Ante ello, la herencia se reputa vacante (3544 Cód. Civil). Así los derechos y obligaciones del Estado son similares a los del heredero, aun cuando no se trata de un heredero. (...) Tratándose de una sucesión vacante, de conformidad a lo normado por los arts. 3588 y 3589 del Cód. Civil los bienes son recogidos por el Fisco provincial o nacional con los mismos derechos y obligaciones que los herederos y si bien es cierto que el Estado no es heredero ni sucesor de los bienes vacantes, pues los recoge en virtud del dominio eminente, no lo

es menos que el art. 3589 del Cód. Civil le acuerda los mismos derechos y obligaciones que a los herederos (CNCiv., sala K, 22/3/2011, La Ley Online, AR/JUR/40324/2011).

3. En el antiguo derecho francés se consideraba que el rey recibía las sucesiones a falta de herederos, igual que las de los extranjeros (*aubana*) porque tenía un derecho eminente. Para ciertos autores, este derecho del Estado derivaría de su condición de heredero, a quien algunos reputan sucesor irregular. Entre nosotros, la cuestión aparece zanjada en la nota al art. 3588 Cód. Civil en la que, pese a encontrarse el artículo mencionado debajo del título "Sucesión del Fisco" con que se abre el Cap. VII de la Sec. I del Libro IV, se señala que el Estado no es un heredero en el sentido técnico de la palabra, sino que recibe los bienes de un muerto sin herederos en virtud de su derecho de soberanía (CNCiv., sala I, 2/4/1991, JA, 1992-II, 312).

SECCIÓN 10ª

FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Por JORGE R. ALBORNOZ Y PAULA MARÍA ALL

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general mencionada al comienzo del Título IV.

Art. 2649.— Formas y solemnidades. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado.

Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido consagró en el art. 12 la regla universal *locus regit actum*, sometiendo las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público a las leyes del país donde se hubieren otorgado. Lo mismo hizo en el art. 950 para la validez o nulidad formal de los actos jurídicos, con una pequeña variante: a la elección de las leyes, el codificador le agregó los usos del lugar en que se realizaren los actos. Y, finalmente, volvió a fijar la misma regla para la forma de los contratos entre presentes sometiéndolos a las leyes y usos del lugar en que hubieran sido concluidos (art. 1180).

En el art. 1181 describió un par de supuestos de contratos hechos por instrumento privado entre ausentes, eligiendo la ley del lugar indicado en la fecha del documento o, en última instancia, la ley más favorable a su validez formal.

Fuentes: Cód. Civil sustituido, arts. 12, 950 y 1180; Proyecto "Goldschmidt" de Código de DIPr. (1974), art. 15; TMDCI de 1940, arts. 36 y 42; Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17/6/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art. 11.

II. COMENTARIO

1. La regla *locus regit actum*

Estamos ante una "nueva-vieja" manera de regular la cuestión de la forma de los actos jurídicos vinculados a dos o más ordenamientos, presentando una norma de conflicto general, más el agregado de una especial sobre contratos internacionales entre ausentes.

2. Ley impositiva, ley reguladora y ley que juzga la equivalencia

La primera norma que contiene el art. 2469 comienza aplicando a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, las leyes y usos del lugar en que se hubieren celebrado, realizado u otorgado. En el segundo párrafo se adopta la conocida trilogía del art. 15 del Proyecto de Código de DIPr. de 1974 (Proyecto "Goldschmidt"), basada, a su vez, en el art. 36 del TMDCI de 1940: *ley que impone una forma determinada; ley que reglamenta la realización de la forma; ley que juzga la equivalencia entre la forma impuesta y la forma realizada*. Como puede verse, el protagonismo es adjudicado a la ley que rige el fondo del acto otorgándole la potestad de exigir una forma determinada y controlar su realización. Si la forma exigida (por ejemplo, instrumento público) se realiza en un país diferente (lugar de celebración, de realización, de otorgamiento), el derecho (o la "ley") que rige el fondo decide si acepta como equivalente al instrumento público hecho bajo la ley del lugar de realización.

3. Forma de los contratos entre ausentes

El tercer párrafo del art. 2469 incorpora una norma de conflicto no destinada a la generalidad de los actos jurídicos, sino limitada a los contratos entre ausentes. Aquí el Código toma la solución del art. 42 del TMDCI de 1940, sometiendo la validez formal del contrato hecho entre ausentes (contratantes que "se encuentran" en distintos Estados al tiempo de la celebración) a la ley del país desde el cual partió la oferta

aceptada y agrega que, "en su defecto", se aplica la que rige el fondo de la relación jurídica.

4. El intrascendente lugar desde el que se emite la oferta aceptada

Nos preguntamos por qué se incluyó una norma específica de contratos jurramente con la destinada a los actos jurídicos en general. Además ¿por qué se adoptó la solución del Tratado, que fue elaborada hace más de setenta años? Por otra parte, ¿qué significa "en su defecto"? Aparentemente se alude a casos en que no puede determinarse cuál es el lugar desde el que partió la oferta aceptada, lo que haría aplicar el derecho que rige el fondo. Pero ¿cuál es ese derecho en los contratos entre ausentes? Para responder a esta pregunta hay que salir de la Sección 10ª y buscar en la 11ª. Allí será la ley que los contratantes elijan (art. 2651). De no hacerlo, habrá que acudir al art. 2652, último párrafo, que enfoca críticamente la "perfección" de los contratos entre ausentes sometiéndola a la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada, con lo que volvemos al punto de inicio. ¿"Perfección" involucra todos los aspectos sustanciales, sólo la formación del consentimiento, validez sustancial y formal, o qué? Pero aunque abarque todos los aspectos no nos sirve, porque estamos en la hipótesis de "en su defecto", que nos lleva a la ley aplicable al fondo. Vamos, entonces, al primer párrafo del art. 2652 y nos encontramos con las leyes y usos del lugar de cumplimiento, con el agregado del domicilio del deudor de la "prestación más característica". En última instancia —culmina ese párrafo—, la ley aplicable al fondo es la del lugar de celebración. Pero esa ley es la que no podemos encontrar porque seguimos en la hipótesis de "en su defecto", del párr. 3º del art. 2649. Un galimatías. Vélez Sarsfield atisbó este tipo de inconvenientes y tomó la mejor decisión en el art. 1181 del Cód. Civil sustituido: la forma del contrato entre ausentes hecho en documento privado, en el que ni siquiera figura un lugar indicado en la fecha del mismo, queda sometida al derecho más favorable a su validez.

Desde otro ángulo, nos preguntamos cuál es el fundamento que conduce a preferir dicha ley, que puede ser contingente, variable, debida a causas accidentales y hasta desvinculadas del contrato en sí mismo. Porque quien contrata usando el correo electrónico, o las redes sociales, puede estar viajando y emitiendo o aceptando ofertas desde cualquier lugar del mundo, con lo cual su circunstancial ubicación puede ser ajena al contrato o contratos que concluya en su periplo.

En definitiva, nos parece que las nuevas normas permiten sujetar la forma de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular, a la autonomía de la voluntad de las partes, con las limitaciones o exclusiones que puedan surgir del país en que se pretenda que cada acto produzca efectos.

III. JURISPRUDENCIA

1. De acuerdo a la opinión del Agente Fiscal, "el principio *locus regit actum* consagrado por el art. 12, del Cód. Civil, tiene por objeto dar validez a los actos jurídicos realizados según la forma del lugar donde se ha celebrado. Se facilita con ello y se reconoce el derecho de las personas a efectuar esos actos de acuerdo a la ley del lugar en que viven y desarrollan sus actividades. Lógico es que la persona que se domicilia en un lugar, realice y ejecute los actos y negocios jurídicos conforme a las leyes que rigen las normas del país en que vive. Ese principio tiende a favorecer, así, la validez de los actos jurídicos realizados bajo las formas de la ley extranjera, y el Código Civil, por el art. 12, les reconoce su valor legal, con las únicas excepciones que establece el art. 14, es decir, cuando las leyes del lugar sean contrarias a principios fundamentales de nuestra legislación, y que los incs. 1º, 2º y 3º del citado artículo enumeran" (CCiv., 2ª Cap., 11/9/1945, JA, 1945-IV, 384).

2. La regla denominada *locus regit actum* debe quedar limitada sólo a la reglamentación de la forma del lugar donde se celebra u otorga el acto jurídico, lo que comprende tanto el territorio propiamente dicho del Estado como a los lugares que se encuentran sometidos a su jurisdicción. Mas cuando de lo que se trata es que aquél surta efectos en nuestro país, la ley argentina, es respecto de dicho contrato, su *lex causae* (CNCiv., sala B, 20/6/2001, LA LEY, 2001-F, 393).

3. La Cámara aplica aquí la regla *locus regit actum*, sosteniendo que "la forma de los actos jurídicos se regula por el derecho del lugar de su celebración, conforme los arts. 12, 950, 1180, 1205 y argumento de la nota del art. 1211 Cód. Civil" (CNCom., sala C, 11/7/2008, <http://diprargentina.com>, publicado por Julio Córdoba el 1/4/2009).

4. La Cámara aplica el TMDCl de 1940 y sostiene que "el art. 36 del tratado mencionado es meridianamente claro al establecer que 'las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran u otorgan', lo cual asimismo resalta con lo normado por el art. 12 del ordenamiento de fondo nacional por lo que mal puede exigirse en relación al poder otorgado en el extranjero aplicar normas legales que rigen en nuestro país, las cuales además ni siquiera se han citado" (CNCiv., sala K, 7/3/2002, LA LEY, 2002-D, 795).

5. El art. 12 del Cód. Civil establece que "las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado". Esta, es la regla *locus regit actum*, de aceptación universal, y somete a la ley del lugar de celebración las formas y solemnidades de que pudiese estar revestido el negocio jurídico (CNCiv., sala J, 28/4/2011, ED, 5/8/2011, con nota de J. M. Trillo).

SECCIÓN 11ª

CONTRATOS

Por DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general mencionada al comienzo del Título IV. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA, "Jurisdicción Internacional en materia contractual", en: ALTERINI, Atilio A. (dir.), *El sistema jurídico en el Mercosur*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (Con particular referencia al Mercosur)", ED, 179-1184.

Art. 2650.— Jurisdicción. No existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

- a) los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos;
- b) los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales;
- c) los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido reglamentaba la jurisdicción en materia de contratos internacionales en los arts. 1215 y 1216, los cuales sirvieron parcialmente como fuentes del nuevo artículo. Otras fuentes se localizan en la dimensión convencional del DIPr argentino actualmente en vigor, señaladamente, sendos TMDCl y el Protocolo de Buenos Aires de 1994.

II. COMENTARIO

1. Admisión de la autonomía de la voluntad

Dado que esta norma, como todas las normas de jurisdicción contenidas en el Código, sólo vincula a los jueces argentinos (ver comentario al art. 2601), la referencia al acuerdo de elección de foro puede estar dirigida a dos supuestos diferentes. El primero sería el de la derogación de la jurisdicción argentina contemplada en art. 2605, aplicable esencial pero no únicamente a la materia contractual, el cual elimina la posibilidad de aplicar el artículo que ahora comentamos. El segundo supondría la sumisión voluntaria a los tribunales argentinos, situación implícitamente admitida por el legislador (ver comentario al art. 2605), que hace innecesaria la aplicación de este precepto. En ambos casos, el acuerdo será "válido" si respeta las condiciones impuestas en los arts. 2605 y 2607 y tendrá el alcance previsto en el art. 2606.

2. Jurisdicción de los jueces argentinos en defecto de elección

A pesar de la redacción dada al encabezamiento, es obvio que no existe la opción a la que allí se alude. Los tres criterios contemplados indican hipótesis de jurisdicción argentina y, por lo tanto, no es que el demandante opte por una de ellas sino que cualquiera de ellas lo faculta para presentar su demanda en nuestro país.

La hipótesis del demandado con domicilio o residencia habitual en Argentina está ya cubierta por la disposición general del art. 2608. Sin embargo, el precepto ahora comentado incorpora una particularidad: si la acción se dirige contra varios demandados basta que uno de ellos tenga domicilio o residencia habitual en Argentina para que la jurisdicción local quede expedita. Esta posibilidad no es nueva en el DIPr. argentino, ya que está consagrada, también en materia contractual, en el art. 12 del Protocolo de Buenos Aires. Al igual que éste, el art. 2650 no exige el cumplimiento de ninguna condición para la utilización de esta vía. Es evidente, sin embargo, que el juez deberá ser muy exigente en el escrutinio de la vinculación entre los distintos demandados y la causa a efectos de evitar el despliegue exorbitante de la jurisdicción argentina en vulneración de los derechos de defensa. En este sentido, el art. 6.1 del Reglamento 44/2001 de la Unión Europea, que también admite este criterio de atracción, brinda un parámetro interesante al exigir una relación "tan estrecha" entre las demandas que la tramitación en distintas jurisdicciones podría generar decisiones inconciliables. No está de más destacar que, mientras el Código sólo permite el uso de este criterio en los contratos, la regla europea se aplica sin distinciones en todas las materias de Derecho Privado Patrimonial cubiertas por el Reglamento. Asimismo, aunque para una realidad bien distinta como es el derecho

procesal interno, el art. 5º, inc. 5º, del CPCCN contiene una norma de este tipo, aplicable en general a las acciones personales, pero exigiendo que se trate de "obligaciones indivisibles o solidarias".

Con el siguiente criterio el legislador da estatus legislativo a una doctrina adoptada por la Corte Suprema en 1998 y repetida en varias ocasiones desde entonces. Esta concepción, acuñada por Boggiano (a quien se debe además la sentencia mencionada), amplía considerablemente la jurisdicción argentina sobre la base de distinguir la expresión "lugar de cumplimiento" en el marco de la determinación del derecho aplicable (donde sólo puede haber uno, como se desprende de la definición dada en el segundo párrafo del art. 2652), de la que sería aceptable para designar el juez competente (que podrían ser varios). Así, según esta doctrina, si cualquiera de las varias prestaciones que pueden estar pactadas en un contrato debe realizarse en Argentina, el juez argentino es competente. La idea estaría justificada en la medida en que sirviera para brindar más posibilidades para la realización de la justicia, como podría suceder cuando el demandante fuera la parte débil de la relación. Es en cierta medida lo que se hace, de manera concreta, en el art. 2654 para los contratos de consumo, o lo que se hizo en algún caso referido a un contrato de trabajo (CNTrab., sala IV, 17/9/2008). En cambio, aplicada sin distinciones, la idea es menos plausible. Aun sin entrar en la discusión del fondo de la cuestión, piénsese en que, por hipótesis, este criterio se aplica cuando el demandado no está domiciliado en Argentina ni tiene aquí sucursal, agencia o representación que haya intervenido en el caso; por lo tanto, lo más normal será que la ejecución de una sentencia adoptada sobre esta base deba tener lugar en el extranjero. Allí, la debilidad del criterio fundador de la jurisdicción puede comprometer drásticamente las chances de efectividad de la decisión. Por eso consideramos que el juez hará bien en restringir tanto como le sea posible la aparente generosidad de este precepto, utilizando para ello el principio de efectividad expresamente contemplado en el art. 2602 *in fine*.

El tercer supuesto, en cambio, es de una lógica aplastante. Si el demandado domiciliado en el extranjero negocia y/o celebra el contrato valiéndose de una agencia, sucursal o representación local, gozaría de una ventaja injustificada si no pudiera ser demandado en la Argentina. En contrapartida, para que este criterio sea aplicable, se requiere que la intervención de la representación local sea activa y concreta.

III. JURISPRUDENCIA

1. A los fines procesales, el "lugar de cumplimiento" del art. 1215 del Cód. Civil, debe designar localizaciones evidentes a fin que las partes puedan prever los foros ante los cuales pueden ser llevados a litigar en caso de conflicto. Por eso, la doctrina entiende que lugar de cum-

plimiento a los efectos procesales, es cualquier lugar de cumplimiento del contrato, sea o no el que se refiere a la prestación característica(...) Las cuestiones de jurisdicción internacional están resueltas por normas específicas de fuente convencional o interna, o por normas derivadas de la competencia territorial interna, o por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, elaborada para la resolución de cuestiones de competencia (CNCom., sala E, 10/10/1985, LA LEY, 1986-D, 49, con nota de W. Goldschmidt).

2. En un juicio por incumplimiento contractual, la demandada opuso una excepción de incompetencia, que fue admitido porque los jueces concluyeron que el incumplimiento se vinculaba a obligaciones que debían verificarse en Estados Unidos. La actora interpuso recurso extraordinario y una posterior queja, que fueron admitidos por la Corte Suprema, quien consideró competente a la justicia argentina. La CSJN sostuvo que "ante la ausencia de Tratado relativo a la jurisdicción internacional en materia contractual debe recurrirse a lo establecido en los arts. 1215 y 1216 del Cód. Civil (...) Tratándose de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, la interpretación tendiente a dar pleno efecto a la voluntad del legislador debe conducir a dar certeza a una pluralidad de foros concurrentes a fin de asegurar el derecho de las partes a acceder a la justicia. Por tanto, en ausencia de una solución convencional que determine el foro competente, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales en la República Argentina justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces locales" (CSJN, 20/10/1998, LA LEY, 2000-A, 404, con nota de C. Iud).

3. Tratándose de materia contractual multinacional, el lugar de cumplimiento del contrato determina la competencia (...) En el contexto de tales normas, el "lugar de cumplimiento" significa cualquier lugar de cumplimiento del contrato, sea o no el que incumbe a la prestación típica sustancialmente relevante para seleccionar el derecho aplicable. Máxime, cuando en el caso la naturaleza misma del contrato exterioriza una deslocalización del negocio, a causa de que no aparece integrado a la esfera de un país determinado y porque el sinalagma genético de las promesas que contiene y el sinalagma funcional de las prestaciones que se deben producir para dar cumplimiento a tales promesas están plurilocalizados, de modo que no permiten determinar, con razonable fundamentación, su vinculación más estrecha con un lugar determinado, sino con varios concurrentemente (CNCom., sala E, 27/12/2011, LA LEY, 2012-C, 7).

Art. 2651.— Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos,

derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato.

El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:

a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros;

b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;

c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;

d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;

e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;

f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno;

g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país.

Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Aunque el Código Civil sustituido no contemplaba expresamente la facultad de las partes para designar el derecho aplicable a sus relaciones contractuales, la doctrina y la jurisprudencia la daban por consagrada implícitamente y con una considerable amplitud. Este artículo refleja fielmente ese estado de situación, el cual coincide en general con las tendencias seguidas ampliamente en el Derecho Comparado, aunque con muchos matices. Piénsese, por ejemplo, en los instrumentos sobre la materia, inevitablemente tenidos en cuenta por el legislador, como la Convención Interamericana de México (CIDIP V, 1994) y el llamado Reglamento de Roma I (UE, 2008). De allí que sea complicado y tal vez inútil identificar una fuente concreta.

II. COMENTARIO

1. Aspectos esenciales

La ausencia de una regla general de autonomía en materia de derecho aplicable contrasta con la gran amplitud otorgada por el legislador a la voluntad de los particulares para la determinación régimen de los contratos internacionales. El fundamento de la concesión de este poder a las partes tiene que ver, qué duda cabe, con la noción general de libertad contractual, tradicional en el ordenamiento jurídico argentino. Sin embargo, existe una diferencia más que sutil cuando esta libertad se despliega en la esfera internacional. Si en el ámbito interno, el poder autorregulador de las partes está acotado a todo lo que se considere de orden público (lo cual haya sentido en el hecho de que se trata de casos "nuestros"), en las relaciones internacionales aquél permite descartar globalmente el derecho argentino, dejando sólo a salvo un núcleo esencial de imperatividad. Las muchas sentencias dejando afuera de la pesificación obligatoria a todos los contratos en los que se había pactado la aplicación del derecho extranjero sirven muy bien para ejemplificar la diferencia. Esto implica que al fundamento de la libertad contractual lo acompaña el convencimiento de que existe un espacio transnacional (en el que la actividad contractual se desenvuelve más y más) en el cual la autoridad de los poderes públicos es compartida y por ende limitada.

La concreción de la autonomía de la voluntad es sumamente detallada, como puede advertirse. Tanto detalle hace lucir más lo que no se dice. Por un lado, la elección no está sometida a ninguna exigencia de conexión entre el derecho elegido y el contrato. Por otro lado, el precepto comentado no menciona el requisito de internacionalidad del contrato. Mientras que, dada su sujeción a los límites imperativamente aplicables, las consecuencias del primer silencio no resultan en principio proble-

máticas, el segundo silencio deja abiertos ciertos interrogantes. Podría pensarse que la cuestión está sobreentendida (Uzal), acaso sobre la base de la ubicación de la norma en el Título referido al DIPr. (que está encabezado por el art. 2594, que se refiere a "situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales"), pero esa idea chocaría con la presencia explícita del requisito para ejercer válidamente la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción (art. 2605). Además, se trata de una discusión ineludible cada vez que se habla de una reglamentación, cualquiera sea, del derecho aplicable a los contratos (Noodt Taquella), que difícilmente haya pasado por alto al legislador. La Convención de México sobre la materia empieza por ese requisito, que ya está en su propio título. Lo cierto es que, por inadvertencia o deliberadamente, el requisito no está presente en el artículo comentado. Así que el juez ante el que se presente un contrato en el que se haya elegido el derecho de un país diferente de aquel en el que radiquen todos los elementos pertinentes del caso deberá esforzar sus argumentos para no aplicar ese derecho o para ajustar su aplicación a las exigencias de las normas imperativas internas.

Lo que sí queda claro, en cambio, es que hay un contrato en el cual la autonomía de la voluntad no procede: el contrato de consumo. Mejor dicho, el contrato de consumo definido como tal en el art. 2655 de este Código.

2. Manifestaciones de la autonomía

2.1. Elementos comunes

El artículo incluye disposiciones tanto para los casos de designación del derecho de un Estado (habitualmente conocida como "autonomía conflictual") como para los supuestos en el ejercicio del poder de las partes se centre en reglas materiales ("autonomía material"). La distinción entre ambas, útil a fines didácticos, no debe hacer perder de vista que en la práctica ambas manifestaciones suelen coexistir y no siempre de manera armoniosa. Asimismo, varias de las disposiciones del artículo se aplican a las dos manifestaciones. Eso parece evidente en el caso de las contenidas en los incs. e) y f) y en la frase final, y al menos posible en relación con la exigencia de elección expresa o resultante de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. A este respecto, pese a no tener clara la distinción entre "cierta" y "evidente", de lo que no puede caber dudas es que el legislador es muy exigente. No bastan meros indicios ni consideraciones que eventual o hipotéticamente puedan conducir a determinado derecho. En particular, el artículo descarta expresamente como indicio suficiente la elección del juez competente (inc. g)), advertencia que será directamente aplicable en los casos de sumisión a los tribunales argentinos.

2.2. Autonomía conflictual

El precepto comentado prevé una gran flexibilidad para la elección del derecho. De entrada, la elección puede afectar a la totalidad o a partes del contrato, lo que implica que es perfectamente posible someter diferentes partes del contrato a distintos derechos. Para eso, debe tratarse de cuestiones claramente separables o de relaciones que bajo la apariencia de un solo contrato encierran en realidad más de uno. Lo que no es admisible es someter a diferentes derechos prestaciones recíprocas.

Seguidamente, la elección se puede hacer y variar en cualquier momento pero resguardando siempre la validez del contrato y los derechos de terceros (inc. a)). Así, si el respeto a la modificación por las partes del derecho aplicable provocaría la invalidez de un contrato que era válido según el derecho aplicable antes de esa modificación, ésta se tendrá por no efectuada. En este punto es importante considerar que las partes pueden pactar que su referencia a determinado derecho incluya las normas de conflicto de éste, lo que podría llevar a la aplicación de un derecho que caiga en una de las limitaciones del inc. a). Si las partes no realizan tal pacto (que es lo más probable), la remisión se entiende hecha al derecho interno (inc. b)), extremo que ya está contenido en el art. 2596 aunque ahí se exige que el pacto sea expreso.

Cualquiera sea la modalidad seguida, el derecho elegido regirá solamente sobre las cuestiones enumeradas en la lista incluida en la primera frase del artículo. Esto significa que no abarca cuestiones tales como la capacidad de las partes o la forma, que están sometidas a reglas específicas.

2.3. Autonomía material

Dentro de los límites que se comentan en el epígrafe siguiente, las partes pueden diseñar una reglamentación a la carta de sus contratos (incs. c) y d)). En el marco de esa facultad, pueden, entre otras cosas, someter sus obligaciones a determinadas cláusulas estándar como las recogidas en los Incoterms publicados por la CCI o directamente sujetarse a un cuerpo de reglas no estatales. Esto resulta coherente con el contexto pergeñado por el legislador. En efecto, si la elección del derecho de un país ignoto y desconectado del caso resulta válida, uno puede legítimamente preguntarse cómo no se va a admitir la sumisión a un texto tan conocido y accesible como los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Nótese especialmente que el inc. c) autoriza a las partes a “desplazar” las normas coactivas del derecho elegido (que puede ser el argentino). En ese panorama, los Principios mencionados (u otro texto similar) deberán aplicarse en nuestro país sin más límites que los impuestos en los incs. e) y f).

Ahora bien, debe quedar claro que lo que el legislador ha querido es que la decisión de someterse a esas reglas materiales (usos, prácticas, costumbres o principios) no se presuma sino que conste en el contrato. Esto puede plantear una contradicción cuando el derecho aplicable (elegido o no) sea el de un Estado parte de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos internacionales (que opera en tal supuesto como derecho “interno”), cuyo art. 9.2 consagra la presunción de aplicabilidad de los usos, que es además “la” norma de DIPr material argentino, al menos en lo que se refiere al contrato de compraventa internacional. Más grave es la contradicción en sí del precepto comentado, que hace depender del pacto de las partes la aplicabilidad de “usos y prácticas comerciales *generalmente aceptados*” (cursiva añadida).

3. Límites

El art. 2651 (inc. e)) recoge también los criterios incluidos en las “disposiciones generales” respecto de las normas internacionalmente imperativas y el orden público, a cuyos comentarios nos remitimos, no sin llamar la atención acerca de la diferente redacción en ambas sedes y su potencial impacto en la interpretación y aplicación respectivas. Por ejemplo, mientras que en el segundo párrafo del art. 2599 se prevé que, bajo ciertas condiciones, “pueden reconocerse los efectos” de las disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados, el precepto ahora comentado, con menos exigencias, establece que tales disposiciones “se imponen al contrato, en principio”. Dada la especialidad del último, cabe pensar que la intención fue que, en general, esas peculiares normas extranjeras queden a criterio del juez, quien las tomará “con pinzas”, pero que en materia de contratos en particular el juez esté obligado a aplicarlas salvo excepciones justificadas (que es lo que querría decir “en principio”). El juez hará bien, en todo caso, en analizar cuidadosamente las consecuencias de la aceptación de tal imposición antes de decidir.

Por su parte, el inc. f) reproduce en espíritu una norma original del Código Civil sustituido, el art. 1208, que parece tan justificada ahora como entonces. La redacción, que ha variado, sigue dando pie a alguna incertidumbre. La letra cruda limita la sanción a los contratos “hechos” en Argentina, término que por lo general se relaciona con la celebración o el perfeccionamiento y que, como mucho, podría extenderse a la negociación. Pese a esto, además de en los casos de “hechura” local, la ineffectividad caería también sobre los contratos en los cuales se ha elegido como aplicable la ley argentina con la misma finalidad fraudulenta.

III. JURISPRUDENCIA

I. Para determinar la ley aplicable, debe estarse frente a un contrato internacional, y dudo mucho que los pactos que unían a las partes de la

presente contienda lo fueran, no obstante lo cual he de entrar a analizar la cuestión no sólo porque ése es el fundamento de la sentencia de primera instancia para acoger la pretensión y fijar el monto de condena, sino también porque el centro de la crítica del apelante radica en la elección de la ley extranjera realizada por el *a quo*. Un contrato es nacional cuando todos sus elementos tienen contacto con un ordenamiento jurídico determinado, mientras que para nuestro derecho internacional privado de fuente interna un contrato es internacional cuando el lugar de celebración y el cumplimiento se encuentran en estados diferentes (...) Difícilmente pueda considerarse a los contratos en cuestión como internacionales cuando las dos partes contratantes eran argentinas, el lugar de celebración fue nuestro país, el lugar de pago era el Banco Central de nuestra República y las leyes de cambio que regían el pacto eran las patrias. Sin embargo, no puedo obviar el hecho de que en los pactos figuraba un número de cuenta de un banco extranjero, situado en Nueva York, lo que originó toda la disputa sobre si el lugar de cumplimiento del contrato era dicha ciudad norteamericana, posición asumida por la actora y defendida hábilmente por sus asesores letrados (CNCom., sala III, 27/10/2006, LA LEY, 2007-E, 616).

2. Aun cuando en el contrato de compraventa internacional de mercaderías, se hubiere consignado que la operación sería realizada en los términos de la cláusula FOB, el hecho de que las partes fijaran al puerto de Buenos Aires como lugar de entrega de la mercadería, permite cuanto menos inferir que aquéllas minorizaron el alcance de ese *Incoterm*, y designaron a nuestro país como lugar de cumplimiento de la prestación más característica. (...) En efecto, puede sostenerse que el fundamento de la autonomía conflictual —aunque de alcance restringido— se halla en el juego de los arts. 1209/1210 y 1212 del Cód. Civil, según los cuales un contrato con contacto argentino se encuentra regido por el lugar de cumplimiento y como las partes pueden designar el lugar de cumplimiento de su contrato (art. 1212 cit.) tácitamente pueden designar el derecho aplicable al contrato (CNCom., sala F, 7/10/2010, La Ley Online, AR/JUR/57938/2010).

3. La Corte sostiene que las partes sustentaron sus pretensiones y defensas en el derecho argentino —ámbito al que en su momento quedó acotada la *litis*—, por lo que, aquéllos habrían optado por un ejercicio voluntario e inequívoco de la autonomía conflictual por medio de conductas procesales concluyentes (CSJN, 24/6/2008, La Ley Online, AR/JUR/4277/2008).

4. Las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato en ejercicio de su autonomía de voluntad ejercida en sentido conflictual, así como pactar las condiciones de fondo de su relación en ejercicio de su autonomía material de voluntad y prorrogar la jurisdicción, al no existir

para ello prohibición ni restricción alguna. (...) Las partes han configurado el contenido normativo de su vinculación jurídica, caracterizándola, estableciendo sus condiciones y fijando una posibilidad de ocurrir al arbitraje vinculante de la Cámara de Comercio Germano-Argentina para el caso de discrepancias interpretativas, sin que en la especie se haya empleado esa vía. (...) Los contratantes han hecho minucioso ejercicio de su autonomía material de voluntad estableciendo las condiciones de fondo para el ejercicio de su relación, pero no han practicado elección del derecho aplicable al contrato internacional resultante, ni han ejercido, la autonomía conflictual de la que gozaban. Así las cosas, en ausencia de elección del derecho aplicable y frente a eventuales insuficiencias de la autonomía material, nuestra *lex fori* provee, dentro del DIPr. de fuente interna, más precisamente en el Código Civil, normas reguladoras subsidiariamente aplicables a los contratos internacionales (CNCom., sala A, 8/11/2007, LA LEY, 2008-B, 674).

5. Frente a la no oportuna oposición de quien ahora de ello se queja, no probada la ley extranjera deben aplicarse las de la República Argentina, pues ha sido nuestro más alto Tribunal quien ha admitido la llamada "autonomía conflictual", lo que permite a las partes, en principio, determinar la ley aplicable a un contrato; por cierto en cuanto la normativa elegida no afecte principios de derecho público internacional, resulte contraria a la moral o las buenas costumbres (CNCom., sala A, 26/5/2003, LA LEY, 2003-E, 846).

Art. 2652.— Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento.

Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Los criterios para la determinación del derecho aplicable a los contratos recogidos en el precepto comentado tienen muy en cuenta la normativa del Código Civil sustituido (arts. 1205, 1209, 1210, etc.), aunque

son planteados de otra manera y en ciertos puntos se apartan de dicha normativa.

II. COMENTARIO

I. Regla de base

La regla básica en defecto de autonomía de la voluntad es la aplicación del derecho del lugar de cumplimiento del contrato, criterio tradicional común a los países "montevideanos". A diferencia del artículo precedente, que habla indistintamente de "derecho" y de "ley" (suponemos que con la misma comprensión), éste precisa que lo que resulta aplicable son las "leyes y usos". La distinción es innecesaria y su interpretación potencialmente problemática en manos de abogados puntilleros. En ambos casos, haya o no elección de las partes, el juez debe tomar en cuenta todas las fuentes del derecho aplicable a efectos de cumplir con el mandato del art. 2595 inc. a), sin prestar atención a esas derivas terminológicas.

La cuestión fundamental es, con todo, la determinación del lugar de cumplimiento, el cual, a diferencia de lo previsto en la norma de jurisdicción del art. 2650, es único. Para ello, al igual que su predecesor Vélez Sarsfield, el legislador da prioridad a la voluntad de las partes. Aunque la redacción del precepto admita otras comprensiones, debe entenderse que es en ausencia de la designación por las partes del lugar de cumplimiento que cabe prestar atención a la naturaleza de la obligación. En esta tarea, el juez deberá atenerse a la definición dada por la norma, consistente en el domicilio "actual" del prestador característico. Aparentemente, el legislador consideró que esta fórmula era preferible a otras opciones demasiado flexibles "propias de los sistemas anglosajones" (Uzal). En buen romance, el modelo de la UE en lugar del de la OEA (cuya Convención de México de 1994 elimina, como se sabe, el criterio de la prestación característica). De este modo se conserva la tradición, ya que dicho criterio es conocido y usado por los tribunales argentinos. Cabe, no obstante, realizar dos precisiones respecto de la finalidad perseguida. La primera es que al inclinarse por el domicilio "actual", propuesto en su día por algún autor suizo, el precepto comentado abre la puerta a la modificación unilateral del derecho aplicable. La segunda es que el propio legislador europeo, dados los innumerables inconvenientes ocurridos en la utilización del criterio de la prestación característica que tenía una presencia importante en la Convención de Roma de 1980, lo relegó a una función *ultrasubordinaria* en el Reglamento de Roma I (2008), colocándolo después de una serie de normas rígidas de derecho aplicable.

Pero la inclusión de la prestación característica no es el único desquite a la Convención Interamericana. Si se presta atención, en defecto

de voluntad de las partes, el juez sólo puede aplicar las "leyes y usos" locales, sean las del lugar de cumplimiento o las del lugar de celebración. El legislador optó también en este tema por la controvertida decisión de la UE, refractaria a la aplicación de derecho no estatal por el juez.

2. Regla subsidiaria

Para los casos en los cuales no sea posible determinar el lugar de cumplimiento, lo que no es tan raro para cierto tipo de contratos, se prevé la aplicación de la ley del lugar de celebración. De más está decir que, en el marco de la contratación internacional, tal lugar no suele existir en tanto sitio de reunión presencial de los contratantes. De allí que el párrafo final del artículo, que cambia la regla del art. 1214 del Código Civil sustituido, pueda tener particular importancia a estos efectos.

III. JURISPRUDENCIA

1. En el caso, la relación contractual habida entre las partes no exhibe un expreso ejercicio de autonomía de la voluntad en sentido conflictual. Ello determina, que el contrato se rija por sus propias reglas materiales y que resulten de aplicación las normas de derecho internacional privado subsidiariamente aplicables, en defecto de ejercicio de autonomía de la voluntad en sentido conflictual, para determinar la ley aplicable al contrato en todo aquello que las partes no hubieran previsto expresamente en él (autonomía material). Junto a las previsiones del propio contrato y en defecto pues, de ejercicio de la autonomía en sentido conflictual, en lo que toca al fondo del negocio, devienen de aplicación las normas del derecho internacional privado argentino en materia de contratos internacionales. (...) En defecto de la Convención deviene así de aplicación al caso el DIPr. Argentino, que remite como subsidiariamente aplicable a la validez, naturaleza y obligaciones del contrato a la ley del lugar de cumplimiento. (...) La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige la existencia, naturaleza, validez, y obligaciones y todo cuando concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea. Sin embargo estas normas de conflicto podrían resultar desplazadas, en nuestro país y en nuestro caso, por el juego de normas de policía emanadas de las llamadas leyes de emergencia económica (ley 25.561, 1º, dec. 214/02 y cons.). Ello ocurriría cuando se disponga entre particulares la pesificación de las relaciones nacidas bajo el marco de la Ley de Convertibilidad (ley 23.928) en casos multinacionales, autoeligiéndose el propio derecho para regir en el caso (normas de policía) o también, cuando el derecho argentino resulte aplicable al supuesto bajo examen y en él resulten aplicables las normas de emergencia como normas coactivas de la *lex fori*, no disponibles y que se imponen por sobre la voluntad de las partes" (CN-Com., 31/5/2007, La Ley Online, AR/JUR/8573/2007).

2. En el caso, una sociedad establecida en el Uruguay demandó a una sociedad domiciliada en el país por cobro de la suma de dinero equivalente al precio de venta de cebada malteada entregada en la planta fabril de ésta. La Cámara dispuso que resultaba "aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías respecto del contrato de compraventa celebrado entre una sociedad establecida en la República Oriental del Uruguay y una sociedad domiciliada en la República Argentina, al resultar aplicable la ley de este último Estado (art. 1.1.b, Convención citada) por cuanto la prestación más característica del contrato, cual es la entrega de la mercadería, se cumplió en el país" (CNCom., sala E, 7/11/2002, LA LEY, 2003-D, 417).

3. En materia contractual las normas de colisión del DIPr. son aplicables en forma subsidiaria para el supuesto en que las partes no hayan pactado el derecho que mejor se adapte a sus necesidades (CNFed. Civ. y Com., sala II, 28/12/1999, LA LEY, 2000-C, 435).

Art. 2653.— Cláusula de excepción. Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.

Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma repite, para el ámbito concreto de los contratos, los fundamentos de la disposición general contenida en el art. 2597, a cuyo comentario es imprescindible conducirse. En esta materia, la fuente primaria radica en sendos arts. 4º de los instrumentos contractuales romanos (la Convención de 1980 y el Reglamento de 2008), desde donde se han expandido a muchos otros textos legales.

II. COMENTARIO

Aunque la finalidad de corregir frente al caso concreto la conexión establecida *a priori* por el legislador es lógicamente compartida con la disposición del art. 2597, las diferencias de redacción entre ambas normas suscitan algunas dudas sobre sus razones y, tal vez, algunos inconvenientes de interpretación. En este sentido, aunque aquí no se repita el requisito final de la disposición general, parece claro que la cláusula de excepción no juega cuando las partes han elegido el derecho aplicable.

También parece evidente, aunque el motivo de la distinción sea difícil de discernir, que en materia de contratos la cláusula no se configura con una facultad exclusiva del juez sino que ésta no puede existir sin la concurrencia de la voluntad de una de las partes. No resultan tan claras, en cambio, las consecuencias que puede tener la no repetición en el precepto ahora comentado de términos tales como "manifiesto" o "muy estrechos" del art. 2597.

Cabe señalar, finalmente, que la utilización como fuente, en este caso, del segundo párrafo del art. 9º de la Convención de México de 1994, presenta aristas curiosas. Por un lado, se repite la frase poco feliz relativa a los elementos objetivos y subjetivos "que se desprenden" del contrato. Por otro lado, lo que en la fuente no es más que la precisión de la regla de la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos establecido en el primer párrafo del artículo, se transforma en el art. 2653 en una regla que pareciera dar por sentado que el Estado del lugar de cumplimiento no es, por definición, el que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. Finalmente, permite corroborar lo mencionado en el comentario al artículo anterior, en el sentido de que el legislador descartó deliberadamente la posibilidad de que el juez aplique o tome en cuenta los "principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales", que es lo que dice la frase siguiente del segundo párrafo del art. 9º del texto interamericano.

SECCIÓN 12^A

CONTRATOS DE CONSUMO

Por DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía citada al comienzo del Título IV. BOGGIANO, ANTONIO, "Derecho aplicable a los contratos de consumo y entre empresas. A propósito del contratante débil y el derecho internacional privado", LA LEY, 2010-E, 1301; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L., et al, "Fundamentos para la protección del consumidor transfronterizo en el derecho internacional privado argentino", Suplemento de Derecho de Derecho Internacional Privado y de la Integración (*eldial.com*), nro. 69, junio de 2012; FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P. (ed.), *Consumer Protection in International Private Relationships* (ed.), ASADIP / CEDEP, Asunción, 2010.

♦ ♦ ♦

Art. 2654.— Jurisdicción. Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía reglas, ni de derecho material ni de DIPr., sobre los contratos de consumo. Eso era lógico en la versión original, dado el carácter relativamente reciente del desarrollo de la materia. Después de la reforma constitucional de 1994 (art. 42), empero, existe una exigencia de regulación. Así, primero por la ley 24.240 y sus modificaciones y ahora por el Código, se desarrolla una normativa particular sobre los contratos de consumo. El Código, además, incorpora una sección específica de DIPr, incorporación sumamente importante y acertada teniendo en cuenta la internacionalidad creciente de las relaciones de consumo, debido a razones tales como el turismo masivo y la utilización de medios electrónicos de contratación. Respecto de la jurisdicción de los tribunales argentinos, las soluciones retenidas en el Código se acercan bastante a las del Protocolo mercosureño de Santa María de 1996 (no en vigor), al tiempo que se alejan claramente de las contenidas en los textos de la UE.

II. COMENTARIO

1. Particularidades de la norma

A ningún observador se le pasará por alto que el precepto comentado (al igual que el siguiente) no contiene definiciones. A falta de reglas específicas de DIPr., habrá que consultar, en lo que sea pertinente, la regulación contenida en el Código (arts. 1092 y sigtes.). En particular, es indispensable, para saber quién es el consumidor que merece tanta protección por parte del ordenamiento jurídico argentino, consultar el art. 1092. También será necesario ir allí para constatar que "relaciones" de consumo es más amplio que "contratos" de consumo y que hay que suponer que la elección de la primera expresión en el art. 2654 ha sido deliberada a fin de ampliar el alcance de la norma.

2. Criterios de competencia

Sobre la base del reconocimiento de su carácter de parte débil del contrato, la norma brinda un amplio abanico de posibilidades al consumidor para demandar al proveedor ante el juez argentino. El precepto comentado ofrece la jurisdicción local al consumidor en ciertos casos que no aparecen entre los supuestos previstos en el art. 2650 para los contratos en general. Señaladamente, el consumidor tiene la posibilidad de demandar ante los jueces argentinos cuando la celebración del contrato o los actos necesarios para dicha celebración tienen lugar en el país, y cuando el demandado ha mencionado una sucursal, agencia o representación que tenga en el país a los efectos del cumplimiento de

una garantía. Por su parte, los supuestos que repiten los criterios utilizados para los contratos en general, lo hacen con ciertas particularidades. Así, por un lado, sólo se menciona el domicilio y no la residencia habitual del demandado y, por otro lado, se mencionan tres supuestos de cumplimiento concretos: la prestación del servicio, la entrega de la cosa y el cumplimiento de la obligación en garantía.

Sin embargo, dada la evidente protección reforzada que el legislador pretende brindarle al consumidor, no resultaría lógico que la norma de jurisdicción referida a los contratos en general abra más foros de jurisdicción en nuestro país que la norma especialmente dirigida a los contratos de consumo. Por lo tanto, una interpretación a la vez teleológica y sistemática del art. 2654 debe asegurar el ejercicio de la jurisdicción argentina cuando en nuestro país esté la residencia habitual del demandado (si es que se identifica en el caso concreto alguna diferencia entre esta noción y la de domicilio), y también cuando se produzca aquí la ejecución de alguna prestación del contrato, aunque no se trate específicamente de los tres casos de cumplimiento expresamente mencionados en el artículo. La otra parte contratante, en cambio, sólo puede demandar al consumidor en Argentina si éste tiene su domicilio aquí.

No está de más llamar la atención sobre el hecho de que el legislador haya introducido, dentro de la legislación sustancial relativa a esta materia, una norma de competencia interna para los "contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares" (art. 1109), que unifica en el lugar de cumplimiento "la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato".

3. Prohibición de la autonomía de la voluntad

El precepto comentado no deja absolutamente ningún margen para el juego de la autonomía de la voluntad, ni siquiera aunque el acuerdo de elección de foro se realice después del nacimiento de litigio, ni cuando sea el consumidor quien lo invoque porque estime que tal acuerdo le brinda una posibilidad beneficiosa. Esta prohibición actuará tanto cuando la parte demandada en Argentina pretenda invocar un pacto de sumisión a favor de tribunales extranjeros, como cuando cualquiera de las partes pretenda justificar la competencia del juez argentino invocando un acuerdo en su favor.

III. JURISPRUDENCIA

1. En el caso la Cámara consideró inválida —de conformidad con el art. 37 de la ley 24.240 de defensa al consumidor— la cláusula de pró-

roga de jurisdicción pactada por las partes en los contratos respectivos, pues se previó allí que el banco podía iniciar juicios contra sus clientes ante cualquier tribunal competente pero no así a la inversa, lo cual, según la alzada, por las características que atribuyó al demandado —'comerciante profesional con alto grado de especialización'— y a los actores —'parte débil'—, importaba un menoscabo a la garantía de igualdad que requería protección (art. 16 CN) (CNCom., sala B, 22/6/2005, LA LEY, 10/8/2005, 12).

2. Una asociación de consumidores promovió acción colectiva contra dos entidades financieras extranjeras con el objeto de reclamar los daños que habrían sufrido un grupo de inversionistas a raíz de las pérdidas provocadas frente a la compra que aquéllas realizaron de cuotas partes de fondos financieros. Una de las accionadas opuso excepción de incompetencia, la cual fue rechazada por el juez de primera instancia. La Cámara confirmó dicho decisorio estableciendo que "la justicia argentina es competente para entender en una acción por daños y perjuicios que habrían sufrido un grupo de inversionistas a raíz de las pérdidas provocadas frente a la compra que entidades financieras realizaron con sus ahorros de cuotas partes de fondos financieros, puesto que, conforme el contrato que habrían suscripto la partes, la entrega de fondos y su devolución conjunta con las ganancias debía realizarse en el país. (...) Las prórrogas de jurisdicción extranjera, tanto arbitral como judicial, que lucen consignadas en los contratos que vincularían a inversionistas argentinos con entidades financieras extranjeras que habrían operado para captar dinero, no son oponibles, en tanto carecen de fuerza vinculante en la fase inicial del juicio por encontrarse controvertido si aquéllos fueron efectivamente suscriptos por las partes involucradas" (CNCom., sala E, 27/12/2011, LA LEY, 2012-B, 551).

Art. 2655.— Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:

- a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato;
- b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor;
- c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido;

d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Casi todo lo dicho en el punto I del comentario al artículo precedente vale también para éste. La diferencia estriba en que éste sí está basado — en forma clara aunque sesgada, como se verá — en la normativa europea en la materia. Concreta y curiosamente, no en la actual (Reglamento de Roma I) sino en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, sustituido por el primero.

II. COMENTARIO

1. El consumidor protegido

Del comentario al artículo precedente también es aplicable al presente la referencia a la definición de consumidor del art. 1902. Sin embargo, debe notarse que sin incluir una calificación específica expresa para los supuestos internacionales, lo cierto es que la protección brindada por la combinación del art. 2655 (aplicación de la ley del domicilio del consumidor) y del último párrafo del 2651 (prohibición de la autonomía de la voluntad) se limita al consumidor pasivo, es decir, a aquel que es *buscado* por el proveedor. El consumidor que en cambio entre en una relación internacional de consumo por propia iniciativa, no gozará de esa protección. Su contrato quedará sujeto a las reglas generales en materia de contratos. Eso surge claramente de la redacción de la norma que, como ya se ha dicho, copia casi textualmente una parte del art. 5º del Convenio de Roma de 1980. Claro que en éste, la elección por las partes de la ley aplicable (en rigor, por el proveedor que predispone la designación de una ley determinada) no está prohibida sino que no es hábil para impedir la aplicación de las normas imperativas contenidas en la ley que sería aplicable de no existir tal elección.

Hecha esta salvedad, debe considerarse también que, a diferencia de lo que sucede con la jurisdicción internacional, en materia de derecho aplicable la vinculación del DIPr. con el derecho material contenido en el Código puede ser más estrecha. De hecho, muchas de las reglas tuitivas incluidas en el Título relativo a los contratos de consumo son suscepti-

bles de ser consideradas como normas internacionalmente imperativas por el juez.

2. El ejercicio de la protección

La protección concreta que brinda el art. 2655 al consumidor consiste, como hemos mencionado, en la aplicación del derecho de su domicilio. Eso tiene sentido a poco que se piense que la situación típica tendrá como protagonista a un consumidor domiciliado en Argentina, el cual se verá ahora protegido por la propia normativa del Código. Sin embargo, no hay que descartar que en un caso concreto, otra de las leyes vinculadas con el contrato de consumo (la del domicilio del proveedor, la del lugar de la transacción, etc.) resulte más favorable para el consumidor. En tal supuesto, a pesar de lo previsto en los arts. 1094 y 1095 que consagran el principio del *favor consumitoris*, la regla de DIPr. no ofrece ninguna flexibilidad. Ese contraste entre la protección reforzada del derecho material interno y la limitada del DIPr. hace resaltar aún más la evidencia de que el legislador prefirió el viejo modelo europeo al Proyecto de Convención Interamericana sobre esta materia presentado en la OEA por Argentina, Brasil y Paraguay (este último basado en la aplicación de la ley más favorable al consumidor).

Otra cuestión que puede revelarse problemática en la práctica es la aplicación del inc. a) del precepto comentado. Allí se habla de oferta, publicidad o actividad del proveedor en el Estado del domicilio del consumidor, distinguiéndose del modelo romano, que sólo hace referencia a oferta especialmente dirigida o publicidad. Aunque el agregado "actividad" no esté definido, puede pensarse que se busca dar más posibilidades de aplicación al derecho del domicilio del consumidor. Pero, en cualquier caso, la norma no brinda ninguna pauta respecto de cómo se concretan las situaciones (que serán muy habituales en los contratos internacionales de consumo) en las cuales el proveedor se vale de alguna de ellas para llamar la atención del consumidor mediante medios electrónicos. Tampoco las disposiciones de los arts. 1104 y sigtes. ayudan mucho en este sentido. En particular, no queda claro si esa oferta, publicidad o actividad se pueden considerar realizadas en el país del consumidor porque allí resulten accesibles por Internet, aunque no haya ningún indicio de que existía la voluntad de dirigirlas específicamente a ese país.

SECCIÓN 13^A

RESPONSABILIDAD CIVIL

Por JORGE R. ALBORNOZ

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general citada al comienzo del Título IV.

Art. 2656.— Jurisdicción. Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil:

- a) el juez del domicilio del demandado;
- b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos directos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil instituido no contenía normas de jurisdicción internacional en cuestiones de responsabilidad civil.

Las fuentes de la sección en jurisdicción competente son: Proyecto argentino de Código de DIPr. (2003), art. 32; Reglamento de la UE 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, arts. 2º, 5º, incs. 3º y 4º.

II. COMENTARIO

1. Trilogía jurisdiccional

El art. 2656 abre tres posibilidades de jurisdicción argentina a opción del demandante, aunque exceptuando a "lo dispuesto en los artículos anteriores", imprecisa referencia que, cabe entender, alude al ámbito

contractual. De todas maneras, siempre hay que examinar cada supuesto para concluir si existe una jurisdicción que abarque las cuestiones relativas a la responsabilidad civil, en cada tipo de relación jurídica. Lo cierto es que la materia contractual general (art. 2650) y los contratos de consumo (art. 2655) quedan excluidos del ámbito de aplicación de la norma en examen, reservada a los daños extracontractuales.

Este artículo viene a cubrir una importante carencia en nuestra legislación, estableciendo en su inc. a) la jurisdicción del domicilio del demandado (principio ampliamente utilizado en el derecho comparado como también el de su residencia habitual) lugar en el que, se entiende, confluyen tanto las ventajas del mejor ejercicio del derecho de defensa, como el interés del actor por encontrar allí bienes del demandado sobre los que pudiera hacer efectiva una sentencia favorable a sus pretensiones. Concurrentemente en el inc. b) se otorga jurisdicción a los jueces del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde se producen los efectos dañosos directos. Es una fórmula de gran amplitud que busca abarcar todos los supuestos de responsabilidad, lo cual es muy difícil por la enorme variedad de casos que pueden darse.

2. Prórroga de jurisdicción internacional

Por otra parte, tomando en consideración lo establecido en los arts. 2601 y 2605/07, debe aceptarse que cabe en estos casos, el acuerdo de elección de foro (prórroga de jurisdicción internacional), obviamente sin perjuicio de lo dispuesto en tratados internacionales de los que nuestro país sea parte o de casos de jurisdicción argentina exclusiva o prohibición expresa de prórroga, tal como sucede en el art. 2651, *in fine*, con los contratos de consumo.

3. Regulaciones similares

En la Unión Europea, el Reglamento 44/2001 ("Bruselas I") establece la jurisdicción del juez del domicilio del demandado (art. 2º, para los domiciliados en Estados miembros), del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso, en materia delictual o cuasidelictual (art. 5º, inc. 3º), como también del juez que entiende en la acción penal, si conforme a su ley pudiere conocer de la acción civil (art. 5º, inc. 4º). Las dos primeras jurisdicciones coinciden con las incluidas en el artículo que comentamos; no así, la tercera.

El PCDIPr. 2003 en su art. 32 dispone: "*Responsabilidad extracontractual*. Tienen jurisdicción para conocer de las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil, a opción del demandante: a) los tribunales del domicilio del demandado; b) los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, o donde éste produce sus efectos di-

rectos y relevantes; c) si se trata de una obligación generada en la explotación de una sucursal o establecimiento, también tienen jurisdicción los tribunales del lugar donde éstos estén situados". Puede verse así la similitud de la nueva norma con la del citado Proyecto, del que no se ha tomado el inc. c).

III. JURISPRUDENCIA

En el caso versa sobre un accidente de tránsito que se produjo en la República Oriental del Uruguay. La jurisdicción internacional de los tribunales argentinos se fundamentó en el domicilio de la parte demandada (CNCiv., sala I, 14/4/1998, ED, 182-752).

Art. 2657.— Derecho aplicable. Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Cód. Civil sustituido, no hay normas que regulen la ley aplicable a la responsabilidad civil.

Las fuentes de la norma son: Reglamento (CE) 864/2007, "Roma II", del 11/7/2007, art. 4º, incs. 1º y 2º; TDCI de Montevideo de 1940, art. 43; Ley Federal de Derecho Internacional Privado, Suiza art. 133; Código de Dipr., Bélgica, arts. 99, párrs. 1º, 2º, y 3º, y 100; Ley italiana de Dipr., art. 62; Proyecto de Ley General de Dipr., Uruguay, art. 52.2; Cód. Civil de Quebec, 1994, Libro X, art. 3126, párr. 2º.

II. COMENTARIO

1. Responsabilidad extracontractual

En el art. 2657 se ha elegido como aplicable la ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido

el hecho generador del daño y cualquiera fuere el país en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. De su ámbito material de aplicación quedan excluidos los casos que generan responsabilidad contractual. La norma abarca, entonces, los supuestos de responsabilidad civil por delitos y cuasidelitos; es decir, la denominada responsabilidad extracontractual. Finalmente, se establece que cuando ambas partes (el perjudicado y el presunto responsable) se domicilien en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de ese país.

2. Autonomía de las partes

El texto es prácticamente una copia del art. 4º, incs. 1º y 2º del Reglamento "Roma II" (sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales de la Unión Europea, de 11/7/2007), más allá de que en dicho Reglamento se utiliza como contacto la residencia habitual y no el domicilio, y con la exclusión del inc. 3º, que permite aplicar una ley diferente cuando del conjunto de circunstancias se desprenda que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un Estado distinto del indicado en los incisos anteriores.

3. El lugar donde se produce el hecho generador del daño

Al quedar comprendidos todos los casos de responsabilidad extracontractual que puedan darse, surge la duda en cuanto a si la fórmula empleada será suficientemente útil y funcional para todos estos, ya que las conductas humanas generadoras de responsabilidad pueden derivar de una enorme cantidad de actividades muy diversas. El tema es largamente discutido, sin que se haya arribado a una conclusión que satisfaga a todos, o que al menos permita englobar una gran variedad de situaciones bajo parámetros de justicia similares.

Cabe recordar que el sistema conflictualista se basa en el sometimiento del caso, al ordenamiento jurídico del país con el cual, razonablemente, presenta los vínculos más estrechos. El artículo comentado elige el derecho del país donde se produce el daño, sin importar el país en el que se ha producido el hecho generador de ese daño, lo cual implica una probable limitación que no podemos elogiar. Desde nuestro punto de vista, no cabría descartar la posibilidad de encontrarnos con daños difusos, o plurilocalizados, en los que la vinculación con el hecho generador ejerciera una fuerza de atracción que justificase centrar el caso en el lugar donde el mismo se produce, país en el cual podrían concurrir otras circunstancias favorables a la víctima, como por ejemplo, que fuese un lugar (o el único) en que el victimario poseyera bienes con los cuales responder. No sería congruente, entonces, interpretar que el art. 2657 impide aplicar la ley del país en que se produce el hecho generador del

daño. Sobre todo, teniendo en cuenta que la jurisdicción —en el anterior artículo— se ha fijado en el domicilio del demandado y, concurrentemente, en el país en que se ha producido el hecho dañoso o sus efectos dañosos directos. Tampoco nos parece que resulte acertado entender que, si ambas partes tienen su domicilio en el mismo país, el único derecho aplicable sea el de tal país.

A veces, la técnica de redacción que pretende ser inclusiva, conduce a resultados inesperadamente limitativos. En nuestra opinión, la multiplicidad y diversidad de casos habidos y por haber, justifican insistir en la línea jurisprudencial que maneja criterios flexibles en esta materia, y profundizarla abriendo la mayor cantidad de posibilidades, tanto jurisdiccionales como de fondo. Así, debería darse cabida al ejercicio de la autonomía de la voluntad, con el debido resguardo de la paridad para negociar, admitiendo cláusulas de prórroga de jurisdicción, de elección de ley aplicable y, en su caso, condiciones de fondo especiales pactadas de común acuerdo.

Los principios sobre los que se estructura en el ámbito interno el nuevo sistema de responsabilidad (arts. 1708 a 1780) apoyan una flexibilización de las normas destinadas a casos internacionales, atendiendo especialmente a la función resarcitoria del sistema material reglamentado, sin por ello obviar la preventiva y la punitiva.

III. JURISPRUDENCIA

1. Se trataba de un accidente de tránsito ocurrido en la República Oriental del Uruguay que causó la muerte a una persona. El fallo señala que "la responsabilidad civil extracontractual se rige por el derecho uruguayo (...) El art. 43 del Tratado de Montevideo de 1940 establece que 'las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden'" (JNEsp. Civ. y Com. 50, 10/10/1983, LA LEY, 1986-B, 393, con nota de A. Perugini).

2. Si bien el accidente acaeció en la República Oriental del Uruguay, resulta de aplicación el derecho nacional, de conformidad con lo establecido por el Convenio celebrado entre ambos países en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito. Dicho acuerdo bilateral, aprobado por la ley 24.106, establece en su art. 2º: La responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente. Si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en el otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de este último (CNCiv., sala G, 25/10/2004, elDial, 17/11/2004).

3. No se ha cuestionado la correcta aplicación del derecho argentino, porque si bien el hecho sucedió en el exterior, todos los interesados tienen su domicilio en nuestro país, de modo que rige lo establecido en el art. 2º del Convenio celebrado entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito, aprobado por la ley 24.106 (CNCiv., sala A, 23/5/2000, LA LEY, 2001-A, 312).

SECCIÓN 14^A

TÍTULOS VALORES

Por MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA, SEBASTIÁN PAREDES
Y ADRIANA V. VILLA

Bibliografía sobre la reforma: GERBAUDO, GERMÁN E., "Panorama sobre el régimen internacional de los títulos valores en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012", *Microjuris*, MJ-DOC-5788-AR, 15/5/2012.

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía general al comienzo del Título IV. BERGEL, SALVADOR D. y PAOLANTONIO, MARTÍN E., *Acciones y excepciones cambiarias*, Depalma, Buenos Aires, 1993; ESCUTI, IGNACIO A., *Títulos de crédito. Letra de cambio, pagaré y cheque*, 10ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010; GOLDSCHMIDT, WERNER, "Jurisdicción internacional y juicio ejecutivo con respecto a un cheque internacional", ED, 29-665; PARDO, ALBERTO J., *Régimen internacional de los títulos de crédito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970; RAMAYO, RAÚL ALBERTO, "Los papeles de comercio y los hechos ilícitos internacionales", *Microjuris*, MJ-DOC-2230-AR, 1/1/2004.

Art. 2658.— Jurisdicción. Los jueces del Estado donde la obligación debe cumplirse o los del domicilio del demandado, a opción del actor, son competentes para conocer de las controversias que se susciten en materia de títulos valores.

En materia de cheques son competentes los jueces del domicilio del banco girado o los del domicilio del demandado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE COMERCIO Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En la legislación anterior existía una laguna normativa en la cuestión de la jurisdicción internacional en materia de títulos valores, ya que ni el

dec.-ley 5965/63 que regula la letra de cambio y pagaré, ni la ley 24.452 de 1995 (modificada por ley 24.760 de 1996) que regula el cheque, contienen normas específicas que determinen la jurisdicción internacional. La laguna normativa debía ser suplida aplicando la analogía (art. 16 del Código Civil de Vélez) y recurriendo a la norma con mayor proximidad analógica material y formal, para resolver la cuestión.

En materia de letra de cambio, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia argentina habían propuesto llenar la laguna normativa utilizando el art. 35 del TCom. 1940, aunque a partir de la aprobación por Argentina de la CIDIP I Letras de cambio se consideró más adecuado utilizar esta Convención con preferencia al TCom 1940, teniendo en cuenta que Argentina, Paraguay y Uruguay, ratificaron la Convención Interamericana referida, por ser un tratado más actual del que Argentina es parte y que el TCom 1940 dejó de aplicarse en esta materia entre los países ratificantes (Noodt Taquila).

En materia de cheques, la jurisprudencia y la doctrina habían recurrido al art. 35 del TCom 1940, para suplir la laguna normativa, es decir, se otorgaba jurisdicción a los jueces del domicilio del demandado.

Las fuentes de este artículo son la CIDIP I de Letra de cambio, art. 8º, y el PCDIPr. 2003, art. 29.

II. COMENTARIO

1. En lo que respecta a las letras de cambio, el artículo comentado recepta las soluciones en materia de jurisdicción internacional establecidas en el art. 8º de la CIDIP I Letras de cambio, estableciendo la jurisdicción internacional de los tribunales del Estado donde la obligación deba cumplirse y los del domicilio del demandado, en forma concurrente.

2. Con relación a la jurisdicción internacional en materia de cheques, el art. 2658 adopta la solución seguida por la jurisprudencia anterior, que otorgaba jurisdicción tanto a los tribunales del domicilio del banco girado, como a los del domicilio de demandado.

III. JURISPRUDENCIA

Dentro de la jurisdicción territorial de nuestro país se ha admitido el fuero electivo a que se ha hecho referencia, reconociendo al titular de un pagaré o cheque el derecho de demandar ante los tribunales del lugar del domicilio del deudor, que viene así a prevalecer sobre el lugar del pago o emisión de dichos documentos comerciales, argumentándose a esos efectos que nadie puede sentirse agraviado (...) de que se le demande ante los tribunales de su domicilio —del dictamen del Fiscal de Cámara— (CNCom., sala B, 16/5/1969, ED, 29-665).

Art. 2659.— Forma. La forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores se sujetan a la ley del Estado en cuyo territorio se realiza dicho acto.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE COMERCIO Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El dec.-ley 5965/1963, que regula la letra de cambio y pagaré no tiene normas indirectas que solucionen la cuestión, por lo que, al igual que en la cuestión de la determinación de la jurisdicción internacional, había una laguna normativa. En este caso la doctrina y la jurisprudencia también habían resuelto completar la laguna con las normas pertinentes contenidas en los tratados ratificados por Argentina (CIDIP I Letras de Cambio y TCom 1940), aun a los casos provenientes de países no ratificantes de dichas convenciones.

La CIDIP I Letras de cambio regula la forma de los actos cambiarios en el art. 2º con un texto muy similar al art. 2659, sometiendo la forma de los actos al lugar en que cada uno se realice.

Por su parte, el art. 3º de la Ley de Cheque aprobada por ley 24.452 contiene una norma que sometía todos los aspectos del cheque, incluso los formales, al derecho del domicilio del banco girado.

Como fuentes de este artículo cabe citar: CIDIP I Letra de Cambio, art. 2º; CIDIP II Cheques, art. 2º; TCom. 1940, art 23; PCDIPr. 2003, art 82 y PLDIPr. 2000, art. 2618.

II. COMENTARIO

Las CIDIP adoptan, en materia de derecho aplicable, el principio de autonomía de las obligaciones cambiarias, esto es, que cada obligación cartular se rige por el derecho que le es propio, que es el del lugar donde se realiza dicho acto. En consecuencia, se somete la forma del giro al derecho del lugar donde el título ha sido emitido, la forma del endoso al derecho donde el acto fue realizado, e igual solución para cada uno de los actos cambiarios.

El artículo no contiene una solución para el caso en que no constare en el título el lugar donde el acto se realizó, pero entendemos que debe integrarse con la solución establecida en la última parte del art. 2660 del nuevo Código, es decir, recurrir a la ley del lugar de cumplimiento de la obligación o, en su defecto, a la ley del lugar de emisión del título. Es en materia de cheque donde el nuevo texto se aparta de la solución de la an-

terior regulación, que sometía todos los aspectos del cheque al derecho del domicilio del banco girado, incluyendo la forma del título.

III. JURISPRUDENCIA

En el caso de autos, tratándose de documentos librados en Porto Alegre, Brasil, la forma del giro, los requisitos exigidos para que sea considerada letra de cambio y por ende la calificación del documento, quedan sometidos al derecho brasileño... La misma ley es aplicable a la forma de la aceptación y a las obligaciones del aceptante, único demandado en autos, ya que no se indica en los documentos el lugar donde se realizó la aceptación, ni tampoco lugar de pago de las letras, por lo que, en principio, debe acudir al derecho brasileño, por ser el lugar de emisión... Que las relaciones jurídicas derivadas del endoso de la letra deben juzgarse de acuerdo a la ley del lugar en que la negociación se realiza (art. 27 del Tratado referido y art. 738 CCom.), es decir que las del caso de autos se rigen por la ley argentina; en tanto que las formas y eficacia del 'protesto y notificación' serán decididas según las leyes y usos comerciales de los lugares donde esos actos fuesen practicados... (CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala I, 4/10/1963, JA, 1964-III, 96 y <http://diprargentina.com>, publicado por J. Córdoba el 28/4/2010).

Art. 2660.— Derecho aplicable. Las obligaciones resultantes de un título valor se rigen por la ley del lugar en que fueron contraídas.

Si una o más obligaciones contraídas en un título valor son nulas según la ley aplicable, dicha nulidad no afecta otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar en que han sido suscriptas.

Si no consta en el título valor el lugar donde la obligación cartular fue suscripta, ésta se rige por la ley del lugar en que la prestación debe ser cumplida; y si éste tampoco consta, por la del lugar de emisión del título.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE COMERCIO Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La letra de cambio, el vale y el pagaré internacional se regulaban a través del dec.-ley 5965/1963, que carecía de normas de conflicto. Dicha laguna normativa era colmada analógicamente aplicándose tratados internacionales en la materia, ratificados por la República. La Ley de Cheques 24.452 —modificada por la ley 24.769— regulaba los cheques internacionales, con una única norma de conflicto que establecía como

aplicable la ley del domicilio del banco girado (art. 3º). El Cód. Civ. y Com. no derogó ninguna de estas fuentes normativas, sino que las integró al nuevo texto legal.

Las fuentes de este artículo son: CIDIP I Letras de Cambio, arts. 3-5; TMCom 1940, art. 23; PCDIPr 2003, arts. 82-84.

II. COMENTARIO

1. Ley aplicable. Autonomía cambiaria

La primera regla del art. 2660 determina como ley aplicable a las obligaciones resultantes de los títulos valores la del lugar donde éstas se contrajeron, independientemente del domicilio de los obligados cambiarios. Esta norma de conflicto, adopta para el DIPr. argentino de fuente interna el principio de autonomía cambiaria por el cual cada obligación —sea la del librador, la del aceptante, la del endosante, etc.— se rige por las normas del lugar de suscripción, por lo que es posible que a las obligaciones cartulares de un mismo título queden sometidas a distintas leyes. Debe señalarse, que la autonomía cambiaria no es extraña en el DIPr. argentino, pues es receptada en los arts. 3º y 4º de la CIDIP I Letras de Cambio, fuente convencional ratificada por Argentina que era utilizada para colmar la laguna normativa del dec.-ley 5965/63.

La primera regla del art. 2660 del Cód. Civ. y Com. es casi idéntica a la norma interamericana, salvo que esta última somete a "todas" las obligaciones, resultantes de un título de crédito, circunstancia que en el Código se infiere tácitamente; además posee un carácter supletorio en materia de ley aplicable a los cheques internacionales para las cuestiones no reguladas en el art. 2662 Cód. Civ. y Com.

2. Efectos de la nulidad de un acto cambiario

La segunda regla del art. 2660 establece que la nulidad de una obligación cartular determinada por la ley del lugar de suscripción, no afectará la validez de las otras obligaciones contraídas. Esta norma material también refleja la autonomía de las obligaciones, ya que las válidas para la ley del lugar de su suscripción no serán afectadas por la suerte de las nulas o inválidas, siendo posible que la obligación de un avalista sea válida aun en caso que la obligación del avalado sea nula por algún defecto de forma. La ley extranjera deberá ser aplicada de oficio por los jueces argentinos (art. 2595)

3. Regla subsidiaria

La tercera regla del art. 2660 es una norma subsidiaria; si no constare el lugar de suscripción en el título valor, será aplicable la ley del lugar de

cumplimiento de la prestación es decir, donde se cumple la obligación cartular y si este tampoco estuviese consignado, por la ley del lugar de emisión del título, pretendiendo el legislador cubrir todas las posibilidades, ya que en última instancia un título tendrá siempre un lugar de emisión. Sorprende que esta norma del Código se aparta de la norma interamericana que establece que cuando no constare el lugar donde una obligación se contrajo, será aplicable la ley del lugar de pago del título (art. 5º) y en cambio incorpora la fórmula "lugar de cumplimiento de la prestación", que es un término típicamente contractual y por tanto, ajeno a la naturaleza jurídica cartular.

III. JURISPRUDENCIA

Las relaciones jurídicas derivadas del endoso de la letra deben juzgarse de acuerdo a la ley del lugar en que la negociación se realiza (...), es decir que las del caso de autos se rigen por la ley argentina; en tanto que las formas y eficacia del 'protesto y notificación' serán decididas según las leyes y usos comerciales de los lugares donde esos actos fuesen practicados, que en el caso de autos serían las del estado de Nueva York o de los Estados Unidos de Norteamérica (CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala I, 4/10/1963, JA, 1964-III, 96 y <http://diprargentina.com>, publicado por J. Córdoba el 28/4/2010).

Art. 2661.— Sustracción, pérdida o destrucción. La ley del Estado donde el pago debe cumplirse determina las medidas que deben adoptarse en caso de hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento.

Si se trata de títulos valores emitidos en serie, y ofertados públicamente, el portador desposeído debe cumplir con las disposiciones de la ley del domicilio del emisor.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE COMERCIO Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Ni el Código de Comercio ni el dec.-ley 5965/63 contenían normas de conflicto, materiales sobre el tema. El Cód. Civ. y Com. no derogó el decreto-ley, sino que lo integró al nuevo texto legal.

Las fuentes de este artículo son: CIDIP I Letras de Cambio, art. 7º; TMCom 1940, art 31; PCDIPr. 2003, art 86.

II. COMENTARIO

1. Ámbito de aplicación material. Lugar de pago del título

La norma del primer párrafo del art. 2661 de este Código, regula los supuestos en que el tenedor legitimado o el portador del título valor es desposeído, por hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción, inutilización material o cualquier otro hecho que suponga una fuerza externa a su voluntad que, le impida ejercer el derecho que el documento representa. Nos parece lógico que el legislador haya adoptado el criterio tradicional, que somete a todas las acciones o medidas a ejercerse a la ley del lugar de pago del título, solución que ya se daba en la práctica del DIPr. argentino de fuente interna. Las fuentes aplicadas por analogía ante la laguna normativa existente con anterioridad (ver comentario al art. 2658) prevén soluciones casi idénticas a los remedios de la primera norma del art. 2661, al igual que lo hacían los proyectos de reforma. Por ello, la solución del Cód. Civ. y Com. en esta materia no es tan novedosa, ya que sigue un criterio coincidente con la normativa internacional. También es lógica la adopción de la conexión lugar de pago a la normativa de DIPr. de fuente interna, pues producido el supuesto de hecho previsto en la norma, deberá el juez a pedido del tenedor desposeído o desposeído, aplicar una sola ley —la del lugar de pago— a las medidas tendientes a proteger su crédito y derecho y no las diferentes leyes que pudieran llegar a ser aplicables a las diversas obligaciones cambiarias del título en cuestión. De este modo, creemos que la ley aplicable prevista proporciona certeza a las partes y facilita la actividad de los magistrados, que aplicarán una sola ley ante este excepcional supuesto y evitarán inconsistencias que pudieran resultar de aplicar distintos ordenamientos a una misma medida.

2. Exclusión de los cheques internacionales

Las cuestiones relativas a la sustracción, pérdida y destrucción de los cheques internacionales, se encuentran reguladas en el art. 2662, inc. j), de este Código, aplicándoseles las leyes del domicilio del banco girado, que en la práctica brinda la misma solución que el punto de conexión lugar de pago tratado en este artículo.

3. Falta de determinación del lugar de pago

Si bien no existe en el texto de la primera norma del art. 2661 una solución expresa para el caso en que no conste el lugar de pago del título, entendemos que en dicho supuesto, deben adoptarse las soluciones de la última parte del art. 2660 donde se establece que, para el caso de que no constare el lugar de pago del título valor, se aplicará en forma subsidiaria la ley del lugar de su emisión.

4. Títulos valores emitidos en serie

La segunda parte del art. 2661, no prevista en la legislación interamericana ni en la montevideana, pero sí en los dos últimos proyectos de reforma, determina como ley aplicable a las medidas a tomarse ante el desposeimiento del título valor, la del lugar de emisión. Esta conexión se aplica solamente en los supuestos en los que los títulos valores sean emitidos en serie y ofertados públicamente. Se consideran como títulos en masa, aquellos emitidos en cantidades, ya sea en razón de un solo acto jurídico o varios relacionados entre sí, pero que representan un mismo derecho para sus tenedores o beneficiarios cambiarios (Gerbaudo). Los títulos en serie, deberán guardar igualdad entre sí, más allá que el valor nominal y numeración los distinga. Quedan incluidos en la norma las acciones de las sociedades comerciales, los bonos y las obligaciones negociables.

Art. 2662.— Cheque. La ley del domicilio del banco girado determina:

- a) su naturaleza;
- b) las modalidades y sus efectos;
- c) el término de la presentación;
- d) las personas contra las cuales pueda ser librado;
- e) si puede girarse para "abono en cuenta", cruzado, ser certificado o confirmado, y los efectos de estas operaciones;
- f) los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza;
- g) si el tenedor puede exigir o si está obligado a recibir un pago parcial;
- h) los derechos del librador para revocar el cheque u oponerse al pago;
- i) la necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el librador u otros obligados;
- j) las medidas que deben tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento; y
- k) en general, todas las situaciones referentes al pago del cheque.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE COMERCIO Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La Ley de Cheque 24.452 —modificada por la ley 24.769— regulaba los cheques internacionales en la primera parte de su art. 3º, con una única norma de conflicto que establecía como aplicable la ley del domicilio del banco girado. Es importante remarcar que el Cód. Civ. y Com. no ha derogado la Ley de Cheque, sino que la integró al nuevo texto legal.

Las fuentes del artículo comentado son: TMCom. 1940, art. 33; CIDIP II Cheques, art. 7º; PCDIPr. 2003, art. 87.

II. COMENTARIO

1. Norma especial en materia de cheque

El art. 2662 indica qué aspectos del cheque se rigen por la ley del domicilio del banco girado, que es la ley aplicable. Este punto de conexión difiere del previsto para los otros títulos valores internacionales regulados en el Cód. Civ. y Com., aun cuando en la práctica muchas de las soluciones sean coincidentes.

No resulta armónica la técnica del legislador al incluir una norma especial sobre cheque en la sección que no contempla normas especiales para otros títulos valores. Si bien este artículo se aparta de las reglas generales sobre títulos, al no prever algunas de las hipótesis más usuales como son los aspectos formales y sustanciales de los cheques, ellas deben ser resueltas por las normas generales de los arts. 2659 y 2660.

Desde luego que la determinación de la ley aplicable sólo será posible luego de atribuida la jurisdicción internacional para cheques internacionales contenida en la segunda parte del art. 2658 de este Código.

2. Cuestiones reguladas en el art. 2662

La ley del domicilio del banco girado determina si el título valor en análisis es un cheque o si no lo es; asimismo, la naturaleza jurídica y alcances de dicho título de crédito como medio de pago y cancelación de obligaciones. Por tanto, cuestiones como los términos, plazos y autorizaciones para su presentación ante la entidad girada, la posibilidad de que el cheque sea aceptado, cruzado, certificado u confirmado o cualquier otra serán determinadas por la ley del banco contra el cual el cheque fue girado, independientemente del lugar del libramiento del título. Además, la ley aplicable determina contra qué tipo de personas jurídicas puede librarse el cheque, ya sean entidades bancarias; financieras u otro tipo designado por dicho ordenamiento, como asimismo las acciones personales derivadas de la relación cartular entre las partes. La volun-

tad del legislador argentino de someter todas las cuestiones referentes al pago del cheque a una sola ley, la del domicilio del banco girado, parece acertada. En todos los supuestos, la ley extranjera deberá ser aplicada por los jueces argentinos internacionalmente competentes de acuerdo a los preceptos del art. 2595 de este Código.

3. Cuestiones no reguladas en el art. 2662

Es aplicable la ley del lugar de realización del acto a las formas que deben revestir los endosos, avales y actos necesarios para la conservación del cheque, según lo previsto por el art. 2659 del Código. A otros aspectos sustanciales del cheque, no incluidos en el art. 2662, le son aplicables las leyes del lugar donde se contrajo la obligación en virtud del art. 2660. La capacidad de las personas obligadas por el documento se rige por el derecho de sus domicilios, según las normas de DIPr. de los arts. 2616 y 2617.

4. Cambio de perspectiva

Este artículo recepta las soluciones más modernas en la materia, tales como las del art. 7º de la CIDIP II de Cheque, que no fuera ratificada por Argentina y del art. 87 del frustrado PCDIPr. 2003, fuentes que siguieron la línea del art. 33 del TMCCom. 1940. Así, el legislador argentino abandonó su histórica posición de someter todas las cuestiones referidas a los cheques con elementos extranjeros a una sola ley (Pardo), la del domicilio del banco girado y que fuera motivo del rechazo de nuestro país a ratificar la CIDIP II de Cheques. El Cód. Civ. y Com. recepta para los cheques internacionales, en forma parcial, la autonomía de las obligaciones cambiarias, principio ya legislado en la normativa argentina de DIPr, ya sea de fuente convencional o interna para los demás títulos valores.

III. JURISPRUDENCIA

La prescripción extintiva de una acción personal afecta a la sustancia misma de la relación obligatoria y se rige por la ley a la cual la obligación se halla sujeta. Por tanto, en caso de una acción ejecutiva incoada sobre la base de un cheque girado contra un banco con domicilio en Nueva York, (...), se aplicará el derecho del lugar del domicilio del banco girado (CNCom, sala B, 20/7/1995, LA LEY, 1997-D, 842 y <http://diprargentina.com>, publicado por J. Córdoba el 19/3/2007).

SECCIÓN 15ª

DERECHOS REALES

Por MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA Y GUILLERMO ARGERICH⁽¹⁾

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía citada al comienzo del Título IV. PARDO, ALBERTO JUAN, "La necesidad de la reforma del régimen internacional de los bienes", LA LEY, 136-1407.

Art. 2663.— Calificación. La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil sustituido establecía en el art. 10 el criterio clásico para calificar los bienes inmuebles, que tiene reconocimiento universal y que consiste en seguir el principio básico del derecho de las cosas, que es la aplicación de la ley del lugar de situación. El art. 2663 califica también el carácter de bien inmueble de acuerdo a la ley del lugar de situación, pero la diferencia es que el art. 10 del Cód. Civil sustituido, lo hacía adoptando una metodología unilateralista ya que sólo se refería a bienes inmuebles situados en la República Argentina. Según Boggiano, el art. 10 era una típica norma de policía, que realizaba una autoelección del derecho propio para regular el régimen de los bienes inmuebles ubicados en nuestro territorio, que debía ser interpretada restrictivamente como toda norma de aplicación exclusiva. Con otra perspectiva metodológica, Goldschmidt consideraba que el art. 10 del Cód. Civil era una norma de conflicto unilateral, que reflejaba la idea de la soberanía territorial argentina.

Las fuentes de este artículo son: TMDCI 1940, art. 32; TMDCI 1889, art. 26; Proyecto 2000, art. 2595; PLDIPr. 1999, art. 82; Proyecto Pardo, art. 50; Proyecto Goldschmidt, art. 16; Cód. Civil art. 10.

(1) Con la colaboración de EZEQUIEL HÉCTOR VETULLI.

II. COMENTARIO

Calificar el carácter del bien inmueble de acuerdo a la ley aplicable a los inmuebles, significa que se adopta la calificación de acuerdo a la teoría de la *lex civilis causae*, que significa calificar de acuerdo al derecho de fondo que sería aplicable al caso, a diferencia de la teoría de la *lex civilis fori*, que califica de acuerdo al derecho de fondo del juez. La elaboración doctrinal y jurisprudencial realizada respecto del Código Civil de Vélez es perfectamente aplicable a la norma vigente, porque el método unilateralista del art. 10 sustituido no obsta a la utilización con respecto a la norma vigente que tiene carácter bilateral.

Esta norma de calificaciones se aplica también a los bienes muebles, por una parte, porque no existe otra regla para la calificación de los muebles y, fundamentalmente, porque si es la ley del lugar de situación la que determina la calidad de bien inmueble, esa ley puede calificar al bien como mueble o inmueble. Los problemas no se plantean mayormente con los inmuebles por su naturaleza, sino con los inmuebles por accesión.

En la metodología del Cód. Civil que utiliza distintos puntos de conexión para determinar la ley aplicable a los bienes muebles y a los inmuebles, la calificación del carácter del bien tiene mucha importancia, ya que puede modificarse el derecho aplicable al subsumir el bien en uno u otro tipo legal de las respectivas normas de conflicto.

Art. 2664.— Jurisdicción. Acciones reales sobre inmuebles. Los jueces del Estado en que están situados los inmuebles son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El DIPr. anterior a la sanción del Cód. Civil no tenía norma de jurisdicción internacional en materia de acciones reales sobre inmuebles, si bien era pacífica la competencia del foro del lugar de situación del bien para este tipo de acciones.

Como fuentes de este artículo pueden mencionarse: TMDCI 1940, art. 64; TMDCI 1889, art. 67; PCDIPr. 2003, arts. 33 y 45; Proyecto 2000, arts. 2566 y 2567; PLDIPr. 1999, arts. 34 y 35; Proyecto Pardo, art. 9°; Proyecto Goldschmidt, art. 55.

II. COMENTARIO

Dado que el Cód. Civil sustituido no contenía una norma de jurisdicción internacional, solía aplicarse el art. 5°, inc. 1° del CPCCN, que es una

norma de competencia interna. También se recurría al art. 10 del Cód. Civil de Vélez, entendiendo que por ser aplicable el derecho argentino, correspondía también la jurisdicción de nuestros jueces, aunque muchos fallos omitían esta explicación. Este criterio atributivo de jurisdicción, denominado teoría del paralelismo o *forum causae*, que consiste en otorgar jurisdicción internacional a los jueces cuyo derecho es aplicable, no tiene ni tenía recepción en el sistema de DIPr. argentino de fuente interna. Los TMDCI de 1889 y de 1940 recogieron la teoría del paralelismo como criterio atributivo de jurisdicción en las acciones personales, en forma concurrente con el foro del domicilio del demandado en los respectivos arts. 56 de ambos tratados. Claro que nos estamos refiriendo a acciones reales y no a acciones personales que son las contempladas por sendos TMDCI de 1889 y de 1940.

Según la interpretación de Boggiano, ante carencias de normas sobre jurisdicción internacional en las leyes nacionales, se deben aplicar por mayor proximidad analógica las normas de jurisdicción internacional de la materia en cuestión vigentes en los tratados internacionales, y si no existen normas específicas de jurisdicción internacional, se debe recurrir a las normas nacionales de competencia territorial, como es el caso del art. 5° del CPCCN y a la jurisprudencia de la CSJN elaborada para la resolución de cuestiones de competencia.

Ya sea que se utilizara uno u otro argumento, las acciones reales sobre inmuebles siempre se han deducido ante los jueces del Estado en que están situados los inmuebles y ahora el art. 2664 lo dispone expresamente. Es más, la jurisdicción de los jueces del lugar de situación de los inmuebles para entender en las acciones reales sobre dichos bienes se considera exclusiva, en el sentido de que no se reconocen sentencias dictadas por jueces de otros países. Así resulta del art. 517 inc. 1° del CPCCN, que no contempla como sentencias susceptibles de reconocimiento las dictadas en acciones reales sobre inmuebles. La mayoría de los Códigos Procesales provinciales contienen normas similares al art. 517, inc. 1°, del CPCCN.

Esta sección de derechos reales contiene tres normas sobre jurisdicción en materia de acciones reales: el art. 2664 establece la jurisdicción internacional para acciones reales sobre bienes inmuebles, el art. 2665 lo hace respecto de los bienes registrables y el art. 2666 regula las acciones reales sobre bienes no registrables. El art. 2665 habla de bienes registrables y no precisa si se refiere a bienes muebles registrables solamente o si incluye también los bienes inmuebles. Llama la atención la sistematización de los distintos tipos de bienes que adopta el Cód. Civil para regular la jurisdicción —que luego se repite en parte en las normas sobre derecho aplicable—; tenemos que entender que razonablemente tendría que aplicarse el art. 2665 sólo a los bienes muebles registrales, quedando

los bienes inmuebles sometidos exclusivamente al art. 2664. Ésta sería la solución siguiendo un criterio lógico de interpretación sistémica.

Art. 2665.— Jurisdicción. Acciones reales sobre bienes registrables. Los jueces del Estado en el que fueron registrados los bienes son competentes para entender en las acciones reales entabladas sobre dichos bienes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil sustituido no contenía una norma de jurisdicción internacional respecto de bienes registrables. El nuevo texto se inspiró en las siguientes fuentes: PCDIPr. 2003, art. 45; Proyecto 2000, arts. 2566; PLDIPr. 1999, arts. 34.

II. COMENTARIO

Los bienes registrables se caracterizan por poseer medios de individualización especiales, en particular los automotores tienen marca, motor y chasis con serie y números que los individualizan. Estos datos que se asientan en un registro especial permiten que estos bienes no sean confundidos, ya que no es necesario determinarlos ni en su género ni en su especie (Pardo). A pesar de que el Cód. Civil sustituido no contenía una norma de jurisdicción internacional respecto de bienes registrables, sí estaban previstas y continuaban existiendo normas de jurisdicción internacional respecto de ciertos bienes registrables específicos como los buques y las aeronaves.

La Ley de Navegación 20.094, dispone en su art. 616 que entenderán los tribunales argentinos en todas las acciones derivadas del contrato de ajuste que fue o debió ser cumplido en un buque de bandera nacional, entendiéndose como tal un buque registrado en nuestro país. Podemos advertir que si bien la norma no se refiere a una acción real, sino a una cuestión contractual, para determinar el criterio atributivo de jurisdicción, recurre a la bandera del buque, que contempla el aspecto registral del bien.

A su vez, el art. 199 del CAer. establece la jurisdicción internacional de los tribunales argentinos respecto de los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos en una aeronave privada argentina sobre territorio argentino, sus aguas jurisdiccionales o donde ningún Estado ejerza soberanía. La calificación de una nave como argentina depende de que se haya registrado en nuestro país. Además se consideran competentes los tribunales argentinos para entender en acciones reales referidas a automotores matriculados en el país, aunque no existía con

anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civil una norma expresa que así lo estableciera.

Nuestra legislación reglamentó al automotor como un bien registrable a partir del decreto-ley 6582/1958, que dispuso la inscripción de los automotores en un registro especial para cumplir con las formalidades de publicidad.

Por su parte la ley 17.711, al modificar el art. 1277 del Cód. Civil referido al régimen de bienes del matrimonio y exigir el asentimiento conyugal para disponer o gravar ciertos bienes, creó definitivamente en el orden civil la categoría de bienes muebles registrables.

Art. 2666.— Jurisdicción. Acciones reales sobre bienes no registrables. Los jueces del domicilio del demandado o del lugar de situación de los bienes no registrables son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma de jurisdicción internacional equivalente en el Cód. Civil sustituido, pero el CPCCN art. 5º, inc. 2º, que es una norma de competencia interna, dispone que en las acciones reales sobre bienes muebles entenderá el juez del lugar en que se encuentren los bienes o el juez del domicilio del demandado, a elección del actor. Se aplicaba esta norma para determinar la jurisdicción internacional, que resultaba concurrente. La mayoría de los Códigos Procesales provinciales contienen normas similares al art. 5º, inc. 2º, del CPCCN.

Como fuente de este artículo cabe mencionar los arts. 34 y 35 del PCDIPr. 2003.

II. COMENTARIO

No podemos decir que exista jurisprudencia o doctrina pacífica al respecto, pero no conocemos otras soluciones diferentes a la que resulta de la aplicación del art. 5º, inc. 2º, del CPCCN y actualmente del art. 2666 del Cód. Civil.

Art. 2667.— Derecho aplicable. Derechos reales sobre inmuebles. Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación.

Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma sigue sustancialmente la misma solución que ofrecía el art. 10 del Cód. Civil sustituido, somete los derechos reales sobre inmuebles a la ley del lugar de su situación. La diferencia es metodológica, porque el Código Civil de Vélez contenía una norma unilateral, que además describía distintos supuestos que quedaban sometidos a la ley del lugar de su situación, entre los que se encontraba la capacidad para adquirirlos. El texto vigente elimina la capacidad, aspecto cuyo sometimiento a *lex rei sitae* había sido criticado por la doctrina y dejado de lado por la jurisprudencia.

Varias fuentes pueden citarse respecto de este artículo: TMDCI 1940, art. 32; TMDCI 1889, art. 26; PCDIPr. 2003, art. 95; Proyecto 2000, art. 2595; PLDIPr. 1999, art. 82; Proyecto Pardo, art. 50; Proyecto Goldschmidt, art. 16.

II. COMENTARIO

1. Principio general: ley del lugar de situación

Los bienes inmuebles individualmente considerados se someten a la ley del lugar de su situación. A lo largo de la historia del DIPr. se han esgrimido distintos argumentos que justifican esta solución que es prácticamente pacífica en todos los derechos. Entre otros motivos, se ha dicho que la regla *lex rei sitae* proporciona una solución fácil, segura y previsible al problema de determinar el derecho aplicable y no sólo permite tener en cuenta los intereses del país de situación de los bienes sino que también posibilita contemplar el interés de un titular de un derecho sobre un bien, ante el traslado de ese bien a otro ámbito nacional (Pallarés).

2. Capacidad para adquirir inmuebles

De acuerdo a esta norma, la capacidad para adquirir inmuebles no queda sometida a la ley del lugar de situación sino a la ley del domicilio que rige la capacidad según el art. 2616 del Cód. Civil. El art. 10 del Cód. Civil sustituido incluía en su tipo legal la capacidad de adquirir los bienes inmuebles, lo que en una interpretación literal —no seguida por la doctrina ni por la jurisprudencia— habría implicado aplicar la ley del lugar de situación del bien para regir la capacidad de la persona que se

proponía ser titular de un derecho real sobre un inmueble. Una de las interpretaciones que se hacía de la expresión “capacidad de adquirirlos” era la llamada tesis del reenvío interno propiciada por Calandrelli y Alcorta y seguida luego por Boggiano, que sostenía que la interpretación literal del art. 10 no resultaba consistente con el sistema de los arts. 6º, 7º y 948 del Código Civil de Vélez, que seguía la ley del domicilio para regir la capacidad (Pallarés). Afirmaba Boggiano, invocando razones intrasistémicas, que el art. 10 estaba restringido a las materias de estricto carácter real; de lo contrario, produciría una suerte de derogación virtual de todo el sistema de normas de conflicto del Código. Agregaba Boggiano que si no se compartiera esta cuestión de hermenéutica, habría que recurrir a los principios generales del DIPr., uno de los cuales —la armonía internacional de las decisiones— disiparía toda duda a favor de la interpretación restrictiva del art. 10. Romero del Prado, por su parte, también criticaba la expresión “capacidad de adquirirlos” y sostenía una interpretación muy original que entendía que en rigor la norma se refería a si los bienes eran o no susceptibles de ser adquiridos. Es decir que la ley del lugar de situación no regía la capacidad para adquirir un inmueble, sino la aptitud para ser adquirido. Vemos entonces que el art. 2667, al eliminar la capacidad de adquirirlos, coincide con la interpretación que se hacía de la norma anterior.

La utilidad que pueden prestar las interpretaciones del texto derogado es llamar la atención sobre lo que implica el estricto carácter real de una situación privada internacional. Es necesario deslindar la capacidad, la forma, los aspectos contractuales en su caso, el régimen de bienes del matrimonio o el derecho sucesorio que pueden dar causa a la adquisición, modificación o extinción de un derecho real, ya que cada uno de estos aspectos se someten a la ley que les es propia, en virtud de las respectivas normas de conflictos.

3. Exigencia de instrumento público

Este art. 2667 sigue en parte la solución del art. 1211 del Cód. Civil sustituido, en cuanto requiere que los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados. La diferencia con la norma derogada es que el texto vigente elimina la protocolización del instrumento público otorgado en el extranjero y la exigencia de que la tradición se otorgara después de la orden judicial de protocolización, supresión que es apropiada; en nuestro modo de ver, la protocolización no es necesaria en la actualidad porque el documento público extranjero deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble del lugar de situación del inmueble lo que satisface el requisito de publicidad.

El art. 2667 no requiere escritura pública, sino instrumento público, ya que no en todos los países existe la escritura pública, como ya lo había advertido Vélez Sarsfield en la nota al art. 1211 del Cód. Civil sustituido. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, no existe un sistema notarial del tipo latino, de modo que si bien los *notary public* certifican la identidad del otorgante del documento que tendrá carácter de instrumento público, no otorgan escrituras públicas, ya que no existe el protocolo notarial.

La calificación de instrumento público queda librada a la ley del lugar de otorgamiento de dicho instrumento, como afirmaba Boggiano, y se indicaba expresamente en el art. 82 del PLDIPr. 1999, en el art. 2595 del Proyecto 2000 y en el art. 95 del PCDIPr. 2003. Esta última norma agregaba que la equivalencia entre el instrumento otorgado y la ley de la República será juzgada por ésta.

4. Legalización

En cuanto al requisito de que los documentos otorgados en el extranjero se presenten legalizados, debe entenderse que incluye no sólo las legalizaciones establecidas por el clásico sistema consular sino que abarca la *apostille* instituida por la Convención Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, suscripta en La Haya, el 5 de octubre de 1961, aprobada por Argentina por ley 23.458. Esta legalización única prevista por la Convención de La Haya, reviste particular importancia dado el gran número de países ratificantes que ascendía a 104 a fines de 2012. En los demás casos será necesaria la legalización del cónsul argentino acreditado en el lugar de otorgamiento del instrumento (arts. 220-232 del Reglamento consular, aprobado por decreto 8714/1963) cuya firma no requiere que sea autenticada por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de nuestro país, desde que el decreto 1629/2001 eliminó este requisito contemplado por el Reglamento consular. Es usual pero no imprescindible que previa a la legalización del cónsul argentino luzcan legalizaciones realizadas por las autoridades del lugar de otorgamiento del documento, impuestas por el derecho de ese país.

5. Necesidad de registro

Esta norma debe integrarse con la necesidad de registro para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en nuestro país (arts. 1890 y 1892 del Cód. Civil y ley 17.801), lo que no se ha regulado expresamente en las normas de DIPr., a pesar de que estaba previsto en forma expresa en el art. 95 del PCDIPr. 2003.

Art. 2668.— Derecho aplicable. Derechos reales sobre bienes registrables. Los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el derecho del Estado del registro.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Cód. Civil no contenía regla alguna sobre ley aplicable a los bienes registrables. La norma sigue el criterio de la Ley de Navegación 20.094, que en su Título V contiene las normas de derecho internacional privado: los arts. 597 y 598 disponen que la nacionalidad del buque se determinará por la ley del Estado que otorga el uso de la bandera y que esta ley del lugar de registro del buque regirá lo relativo a la adquisición y a la transferencia y extinción de su propiedad, a los privilegios y a otros derechos reales o de garantía. Asimismo, rige las medidas de publicidad que aseguren el conocimiento de tales actos por parte de terceros interesados.

En los arts. 38 a 40 del CAer. existen disposiciones materiales relativas a la inscripción, matriculación y nacionalidad de las aeronaves. Estas soluciones directas establecen que la inscripción de una aeronave en el Registro Nacional de Aeronaves, le confiere nacionalidad argentina y cancela toda matrícula anterior, sin perjuicio de la validez de los actos jurídicos realizados con anterioridad. Al ser inscriptas en el Registro Nacional de Aeronaves, se les asignarán marcas distintivas de la nacionalidad argentina y de matriculación. Si una aeronave se inscribiera en un estado extranjero perdería la nacionalidad argentina.

Las fuentes de este artículo son: PCDIPr 2003, art. 99; Proyecto 2000, art. 2597; PLDIPr 1999, art. 84; Proyecto Pardo, art. 50.

II. COMENTARIO

Los bienes muebles registrables tienen dos ubicaciones en el espacio: una dada por su carácter físico, ésta es cambiante por naturaleza y otra, permanente, dada por la radicación, o sea el lugar de registro. La primera no permite establecer un *situs* constante, ya que la cosa mueble es creada para tener movimiento y no puede conservar una ubicación en el espacio (Pardo). La ley del lugar donde estos bienes han sido asentados aparece como la única ley apropiada para regularlos, no importando si luego del registro son trasladados de un país a otro, ya que por su propia naturaleza están destinados a cambiar constantemente de lugar.

III. JURISPRUDENCIA

1. Resulta razonable asociar derechos o bienes registrables con el derecho del país en cuyos registros se inscriben. Tal es la situación de buques, aeronaves, propiedad industrial (marcas, patentes, etc.), y también

de los automotores (CNCom., sala A, 30/12/2008, <http://diprargentina.com>, publicado por J. Córdoba, 5/6/2009).

2. Se estableció la determinación como *lex situs* a la ley del lugar de registro, por lo que debe entenderse aplicable al bien mueble registrable, en su calidad de tal (CNCom., sala A, 1/11/2007, <http://www.diprargentina.com>, publicado por J. Córdoba 23/12/2009).

Art. 2669.— Derechos reales sobre muebles de situación permanente. Cambio de situación. Los derechos reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos.

El desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 11 del Cód. Civil sustituido disponía, en su primera parte, que los bienes muebles que tenían situación permanente y que se conservaban sin intención de ser transportarlos, eran regidos por las leyes del lugar en que están situados, como dispone la nueva norma. La norma derogada no realizaba la determinación temporal del punto de conexión, que ahora contiene el art. 2669 y que comentamos más abajo.

Como fuentes de este artículo, pueden citarse: TMDCI 1940, art. 34; TMDCI 1889, art. 30; PCDIPr. 2003, arts. 96 y 97; Proyecto 2000, art. 2596; PLDIPr. 1999, art. 83; Proyecto Pardo, art. 50; Proyecto Goldschmidt, art. 16.

II. COMENTARIO

1. Sistematización de los bienes

La sistematización que realiza el nuevo Cód. Civil entre bienes inmuebles, bienes registrables y bienes muebles de situación permanente no parece muy adecuada. En nuestro modo de ver, es más apropiada la solución que brindan los TMDCI 1889 y 1940, que someten todos los bienes a la ley del lugar de situación, que fue el criterio seguido por la mayoría de los Proyectos de Ley de DIPr., con excepción del Proyecto Pardo y del PCDIPr. 2003, que adoptó la ley del domicilio del dueño solamente para los bienes de uso personal.

2. Momento que debe tenerse en cuenta

En la nueva norma se realiza una determinación temporal del punto de conexión, esto es, se indica que debe considerarse el lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de los derechos reales, con lo que se sigue la solución dada por la jurisprudencia y por los Proyectos de Ley de DIPr.

3. Cambio de situación de los bienes

Cuando los bienes muebles cambian de situación, se produce un conflicto móvil, ya que al modificarse los hechos que determinan el punto de conexión, cambia la ley aplicable. Así en estos casos, los derechos reales se rigen por la ley de la nueva situación, pero como es lógico se dispone la aplicación de la ley anterior al traslado para dar validez a los derechos adquiridos bajo su amparo. Esta regla ya estaba prevista en el art. 30 del TMDCI 1889 y luego en el art. 34 del TMDCI 1940.

La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, adoptada en Washington DC, el 8 de febrero de 2002, en el marco de la CIDIP-VI, que Argentina no ha adoptado hasta fines de 2012, también contempla el cambio de situación de los bienes muebles dados en garantía siguiendo la misma línea. Al crear un Registro común de garantías, la CIDIP-VI otorga un plazo de 90 días a partir del traslado del bien para registrar la garantía en el Estado de la nueva situación, durante el cual se mantiene la publicidad y las prioridades según la ley del país de situación originaria.

III. JURISPRUDENCIA

Respecto de los bienes muebles en particular, según el Cód. Civil, art. 11 "los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados" (...) Se adopta aquí una calificación autónoma, propia para el derecho internacional privado, de muebles con situación permanente y que pueden ser llamados "muebles inmóviles" (Goldschmidt), que están regidos por la *lex situs* en todo lo que concierne a los derechos reales sobre ellos (conf. Uzal, María E., "Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a los derechos reales de garantía en el ámbito internacional", JA, 2004-III-759 y sigtes.) (CNCom., sala A, 1/11/2007, <http://www.diprargentina.com>, publicado por J. Córdoba 23/12/2009).

Art. 2670.— Derechos reales sobre muebles que carecen de situación permanente. Los derechos reales so-

bre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 11 del Cód. Civil en su parte final disponía que los muebles que el propietario llevaba siempre consigo, o que fueran de su uso personal, estuviera o no en su domicilio, como también los que se tuvieran para ser vendidos o transportados a otro lugar, eran regidos por las leyes del domicilio del dueño. El nuevo artículo agrega que en caso de que fracase el punto de conexión domicilio del dueño se aplicará subsidiariamente la *lex situs*.

Las fuentes de este artículo son: TMDCI 1940, art. 34; TMDCI 1889, art. 30; PCDIPr. 2003, art. 97; Proyecto 2000, art. 2599; PLDIPr. 1999, art. 83; Proyecto Pardo, art. 50.

II. COMENTARIO

La aplicación de la ley del domicilio del dueño a los derechos reales sobre los "muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio", no presenta mayores dificultades, pero advertimos problemas en la aplicación de esta ley a "los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar". La finalidad de toda compraventa es transmitir el dominio de las mercaderías al comprador; cuando la compraventa es internacional se plantea la dificultad de determinar cuál es el derecho aplicable a esa adquisición de dominio, el que decidirá el momento en que el comprador se convierte en propietario y las condiciones que se requieren para ello.

Algunos sistemas jurídicos consideran que el derecho real sobre bienes muebles se adquiere por el consentimiento de las partes, otros requieren el registro y otros la tradición o entrega de los bienes, como sucede en el derecho argentino (arts. 1892 y 1924 del Cód. Civil y art. 577 del Código Civil de Vélez).

Aplicar la ley del domicilio del dueño para determinar quién es el dueño o en qué momento la propiedad se transmite del vendedor al comprador, es incurrir en un círculo vicioso porque la utilización del punto de conexión domicilio del dueño presupone que sabemos quién es el dueño.

Podría argumentarse que la última frase del artículo soluciona el tema, ya que se aplica el derecho del lugar de situación si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, pero la consecuencia natural de la compraventa de mercaderías, esto es, la transmisión del dominio de los bienes del vendedor al comprador, no significa que esté controvertida o sea desconocida la calidad de dueño.

La diversidad de soluciones que en materia de adquisición del dominio presentan los distintos sistemas jurídicos, que no han podido ser unificadas por normas internacionales, ha llevado a que los tratados sobre compraventa internacional se apliquen a la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador, pero no a la transmisión del dominio (arts. 4º y 67-70 de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, adoptada en Viena 11 de abril de 1980, aprobada por Argentina por ley 22.765, que contaba con 78 Estados partes a fines de 2012 y art. 12, inc. d), de la Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías, suscripta en La Haya, 22 de diciembre de 1986, que si bien fue aprobada por Argentina por ley 23.916, no estaba vigente a fines de 2012, por no reunir el número de ratificaciones requeridas).

III. JURISPRUDENCIA

Respecto al derecho aplicable a los bienes cuyo propietario se desconoce, la norma recoge la solución que había adoptado la jurisprudencia. La CNCiv. tuvo oportunidad de tratar la cuestión en un caso en que un mayordomo a bordo de un buque mercante de matrícula holandesa, anclado en el puerto de Buenos Aires, halló sobre una mesa la suma de 480.000 dólares. El mayordomo entregó el dinero al capitán, quien a su vez, al no haber sido reclamado por ningún miembro de la tripulación, lo entregó a la representante de la sociedad propietaria del buque. Finalmente, dicha sociedad lo entregó a las autoridades locales. En el juicio se discutió si el dinero pertenecía al mayordomo, a la empresa o a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. El Tribunal consideró que el dinero se encontraba situado en territorio argentino, por lo que quedaba sometido a la ley argentina. Consecuentemente, determinó que pertenecía a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (CNCiv., sala D, 16/10/1963, LA LEY, 112-312).

argentino está obligado a aplicar derecho extranjero por así ordenarlo una norma de conflicto, tanto de fuente internacional como de fuente interna (arts. 2594, 2595 Cód. Civ. y Com.). Pero en tales casos, la solución proyectada en base a ese ordenamiento debe ser compatible con los principios fundamentales de orden público del derecho propio.

Ello así, cabe tener en cuenta que el art. 2600 Cód. Civ. y Com. (cuya función es similar a la del viejo art. 14, inc. 2º, Cód. Civil) permite excluir las disposiciones de derecho extranjero aplicables cuando conduzcan a una solución contraria a tales principios.

Se trata de una cuestión que debe analizarse caso por caso, despojándose de la idea de que los plazos extranjeros deben coincidir con los del derecho argentino, ya que la inderogabilidad de nuestras normas (art. 2533 Cód. Civ. y Com.) sólo rige para casos internos argentinos. Cuando debe aplicarse un derecho extranjero sus normas coactivas internas desplazan a las normas coactivas (o imperativas) nacionales y sólo ceden frente a las normas de policía (internacionalmente imperativas) o a los principios de orden público propios. Así, podría considerarse contraria a nuestro orden público la regulación de una norma extranjera que condujese a considerar un crédito como imprescriptible, puesto que violaría el principio fundamental argentino de la prescriptibilidad de los créditos.

Es tarea de los tribunales ir elaborando criterios sobre la existencia y alcance de los principios de orden público que subyacen en las normas locales, tarea que, según las normas de que se trate, puede requerir finas investigaciones.

Ello así, porque puede haber principios no suficientemente investigados y valorados, como principios que, siendo evidentes, requieren una decisión valorativa para determinar si, en el caso concreto, resultarían lesionados. Así, por ejemplo, si la norma extranjera conruviera un plazo excesivamente amplio, podría ser considerada como conducente a una solución incompatible con el principio de prescriptibilidad antes mencionado.

Digamos, por último, que estas disquisiciones resultan del funcionamiento normal del armazón metodológico del DfPr. que, posicionado en un contexto jurisdiccional determinado (en este caso, el argentino) tolera regulaciones de fondo extranjeras, o elaboradas por las partes de una relación jurídica en el marco de su autonomía material, o provenientes de los usos y prácticas del comercio internacional recopilados por organismos públicos o privados, en tanto sorteen con éxito el análisis de compatibilidad que exige el art. 2600 Cód. Civ. y Com., verdadera cláusula de reserva del ordenamiento jurídico argentino.

III. JURISPRUDENCIA

La prescripción es una institución que halla su fundamento en razones económicas y sociales por lo que las condiciones y los términos de la eficacia sólo pueden ser establecidos por la ley. Por lo que el recurso al principio general de la libertad contractual para admitir la legitimidad de las cláusulas abreviativas de los términos de prescripción, se funda sobre el falso concepto de considerar la prescripción como institución de orden público, inmodificable por pactos privados, sólo del punto de vista de los intereses del deudor, y no de los del acreedor (CNCom., en pleno, 27/11/1959, LA LEY, 96-674).

SECCIÓN 16ª.

PRESCRIPCIÓN

Por JORGE R. ALBORNOZ

Bibliografía clásica: Ver la bibliografía citada al comienzo del Título IV.

Art. 2671. — Derecho aplicable. La prescripción se rige por la ley que se aplica al fondo del litigio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La nueva norma cubre un vacío de la legislación sustituida, en la que no había referencia expresa, de carácter general, al instituto de la prescripción en actos jurídicos internacionales. Por primera vez se cuenta ahora con una norma de conflicto general en materia de prescripción que ubica el tema dentro de las cuestiones de fondo y lo somete al mismo derecho nacional que resulta aplicable al resto de los aspectos sustanciales del acto.

No hay fuentes identificables para este artículo.

II. COMENTARIO

A partir de ahora se debe acudir a la norma de conflicto general que regule el tipo de relación jurídica de que se trate; ésta nos remitirá a un ordenamiento (propio o extranjero) y allí deberá encontrarse el plazo de prescripción requerido, en cualquier materia, contractual o no contractual, civil o comercial, salvo que se dicte alguna norma especial, directa o indirecta, que contenga una solución diferente, excepcional, tal como sucedía con el art. 855, inc. 2º, del Cód. de Comercio

Cabe meditar sobre algunas probabilidades de solución cuando la ley que se aplica al fondo del litigio contiene plazos de prescripción diferentes a los previstos en el derecho interno argentino. Por un lado, el juez