

**PARTE TERCERA**

**COMENTARIOS AL TEXTO ARTICULADO**

## COMENTARIOS AL TEXTO ARTICULADO <sup>214</sup>

### TÍTULO I

#### DISPOSICIONES COMUNES

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

- i) La extensión y los límites de la jurisdicción caribeña.
- ii) La determinación del Derecho aplicable.
- iii) Las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras.

2. Son internacionales las relaciones privadas que presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico a través de sus elementos constitutivos, correspondientes a la persona de sus sujetos, a su objeto, o a su creación.

**86.** L'art. 1<sup>er</sup> est très classiquement une disposition d'ouverture décrivant l'objet de la loi modèle et indiquant ainsi son ambition<sup>215</sup>. Sans être démesurée, cette ambition est relativement vaste. Alors que certaines législations contemporaines choisissent de ne traiter que les conflits de lois ou questions de droit applicable – c'est le cas de la loi polonaise du 4 février 2011 ou de la loi néerlandaise du 19 mai 2011 introduisant un livre X dans le Code civil des Pays-Bas – et de confier les conflits de juridictions, c'est-à-dire les questions de compétence judiciaire internationale et de circulation internationale des jugements et actes publics, à un texte distinct ou à un Code de procédure civile, la loi modèle se propose d'embrasser conjointement les trois groupes de problèmes que rencontre le développement international d'une relation de droit privé. Le dessein est donc de proposer une codification du droit international privé dans son volet objectif<sup>216</sup>. Inspiré par le souci d'harmoniser le

<sup>214</sup> **Observación general:** Las referencias a “Caribe” o “caribeñas” del presente proyecto hacen referencia al Estado y a las relaciones conectadas con el Estado que decida incorporar la Ley Modelo.

<sup>215</sup> CONC.: Art. 1 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; arts. 1.2º y 2 Código DIPr panameño; art. 1º Ley DIPr suiza; art. 1 Ley DIPr italiana; art. 2 Código DIPy belga; art. 1 Ley DIPr polaca; art. 1 Proyecto boliviano; art. 1º Proyecto dominicano; art. 1º Proyecto puertorriqueño; art. 1ª Proyecto argentino; art. 1º Proyecto colombiano; art. 2 Proyecto mexicano; art. 1º Proyecto uruguayo.

<sup>216</sup> Etablissant le régime international des rapports de droit privé, ce volet objectif s'oppose au volet subjectif qui traite de la condition des personnes, c'est-à-dire de la nationalité et de la condition des étrangers

traitement juridique des rapports transfrontières afin de faciliter ceux-ci au sein de la zone caraïbe, le programme OHADAC ne prévoit pas de mettre en place un droit matériel commun en matière civile et commerciale qui pourrait se distribuer en plusieurs codes (code civil, code de commerce, code de procédure civile) entre lesquels pourraient être répartis, comme cela se fait dans divers Etats, les dispositions relatives aux conflits de lois et aux conflits de juridiction. L'entreprise au temps présent serait téméraire; avec plus de réalisme et de sagesse, la loi modèle suppose le maintien, pour un certain temps encore, d'une certaine diversité conservant à chaque ordre juridique son identité et par conséquent ne prétend pas affecter ou modifier les droits internes des Etats concernés. Pourtant, comme une loi modèle ne constitue qu'une offre de législation, elle pourra une fois reçue par un Etat et pour autant que cela y est jugé nécessaire, être désossée et répartie entre les divers monuments législatifs en vigueur dans cet Etat. Mais ce dépeçage ne saurait être recommandé, car il risquerait en plaçant les règles de droit international privé sous la coupe du droit interne, d'encourager les interprétations divergentes et de compromettre la cohérence de l'ensemble<sup>217</sup>.

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

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

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

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

---

<sup>217</sup> Vid. *infra* commentaire sous art. 3.2°.

l'ensemble des rapports appréhendés par la loi modèle qui s'assigne un domaine matériel beaucoup plus vaste. Au demeurant, le critère juridique est celui qui est retenu par la plupart des lois modernes de droit international privé lorsqu'elle jugent utile de définir l'internationalité (*vid.* les projets mexicain, panaméen, uruguayen, les lois vénézuélienne, polonaise, et roumaine).

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

**89.** Les rapports privés à caractère international auxquels la loi modèle se consacre relèvent, selon la précision de l'art. 1<sup>er</sup> de la *matière civile et commerciale*. Cette spécification qui s'articule sur le concept de droit privé est directement empruntée au droit de l'Union européenne<sup>218</sup>, dans l'acception qu'elle reçoit de l'interprétation que la Cour de justice fait de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (désormais Règlement Bruxelles I); elle a pour fonction de délimiter le domaine d'application de ces instruments et en particulier d'éliminer les rapports de droit public. La justification de cet emprunt à cette fin est apportée par la considération suivante : constatant le caractère fluctuant de la distinction entre droit privé et droit public selon les systèmes qui la connaissent et où elle joue un rôle majeur et son caractère un peu énigmatique pour les systèmes qui, sans l'ignorer, ne lui confèrent pas un rôle cardinal, la Cour de justice a entrepris de construire une interprétation autonome qui réponde aux objectifs et au système de la convention dans le cadre des principes généraux que partagent l'ensemble des systèmes nationaux; or, les Etats de l'espace OHADAC sont tout autant que l'Union européenne héritiers de traditions diverses à l'intérieur des familles romano-germanique et anglo-américaine et le critère de la matière de droit public fondé par la Cour sur "l'intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique" a semblé pouvoir constituer une base de départ opératoire,

---

<sup>218</sup> Lequel l'avait sans doute recueillie des conventions de La Haye relatives à la procédure (par exemple: 1<sup>er</sup> mars 1954 [procédure civile], 15 novembre 1965 [notifications], 18 mars 1970 [obtention des preuves], 1<sup>er</sup> février 1971 [avec un protocole du même jour : reconnaissance et exécution des jugements] ou 25 octobre 1980 [accès à la justice], mais lui donne aujourd'hui une portée plus générale, *vid.* Règlement CE n° 595/2008 et Règlement CE n° 846/2007.

sur laquelle il appartiendra ensuite à l'ensemble des Etats ayant adopté la loi modèle de développer de leur côté le concept en fonction des exigences de coopération auxquelles ils auront adhéré.

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

- i) Las materias, fiscales, aduaneras y administrativas.
- ii) La Seguridad Social
- iii) El arbitraje comercial.
- iv) La quiebra y otros procedimientos análogos.

**90.** L'art. 2, dont l'ascendance européenne est évidente<sup>219</sup>, apporte, comme croit devoir le faire aussi le projet dominicain, quelques précisions complémentaires sur le domaine couvert par la loi modèle.

**91.** Ainsi il confirme l'art. 1<sup>er</sup> par l'exclusion des *questions fiscales, douanières et administratives*, qui relèvent de son point de vue du droit public. Il n'est pas inutile en effet d'y insister un peu; la division droit privé–droit public est historiquement le corollaire de la distinction qui structure l'organisation du pouvoir juridictionnel dans certains Etats et en opposant les tribunaux de l'ordre judiciaire et les tribunaux de l'ordre administratif. Or, la correspondance entre les organes et les matières n'est pas toujours stricte et, par exemple, dans le système français les juridictions de l'ordre judiciaire ont des compétences en matière fiscale ou douanière qui pourraient brouiller les lignes de partage. L'art. 2, i) substitue sa propre architecture aux constructions nationales qu'une expérience historique propre a pu rendre parfois un peu baroque<sup>220</sup>.

**92.** Le *contentieux de la protection sociale* est également retranché du domaine de la loi modèle; c'est la nature mixte, empreinte à bien des égards de droit public, qui justifie et mesure ici l'exclusion. Échappent à la loi modèle les rapports entre les institutions de prévoyance et l'une ou l'autre des deux catégories de contributeurs, d'une part, les employeurs ou, d'autre part, les employés ou les ayants droit. De tels rapports s'établissent sur le mode de la sujétion et de l'adhésion forcée plutôt que sur celui de l'égalité et de l'autonomie des intéressés. En revanche, les recours contre les tiers responsables de dommage que peut exercer l'institution qui a indemnisé l'assuré ne sont pas marqués de ce caractère de sujétion et relèvent du domaine de la loi modèle dès lors qu'ils se conforment au droit commun.

<sup>219</sup> Règlement CE n° 44/2001, art. 1er, § 2 (UE n°1215/2013, art. 1er §2); Convention de Lugano du 16 septembre 1988, art. 1<sup>er</sup> (Convention de Lugano du 30 octobre 2007, art. 1 §2); Projet dominicain, art. 2.

<sup>220</sup> CONC.: Art. 2 Proyecto dominicano.

93. *L'arbitrage* est également soustrait au domaine de la loi modèle. Il suffirait ici de rappeler que l'arbitrage international forme d'ores et déjà la matière d'un réseau assez dense de conventions internationales dont il n'est peut-être pas opportun de perturber le fonctionnement par l'introduction de normes particulières supplémentaires. Dans le cadre du programme OHADAC, à vrai dire, il est à peine besoin de justifier cette exclusion; l'arbitrage y est l'objet d'une étude spécifique destinée à préparer un règlement-modèle. Néanmoins la loi modèle comporte quelques rares dispositions destinées à assurer la coordination de la juridiction étatique avec les activités d'arbitrage.

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

94. Enfin, l'art. 2, iv) écarte *les procédures d'insolvabilité*, c'est-à-dire les "procédures fondées [...] sur l'état de cessation de paiement, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit du débiteur, impliquant une intervention de l'autorité judiciaire aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens ou à tout le moins un contrôle de cette autorité<sup>221</sup>"; c'est ainsi que la Cour de justice de la Communauté européenne balisait le champ de l'exclusion prévue par l'art. 1<sup>er</sup>, §27 de la Convention de Bruxelles de 1968, tout en précisant que cette exclusion ne frappe que l'action qui "dérive directement de la faillite et s'insère étroitement dans le cadre d'une procédure collective<sup>222</sup>". Il s'ensuit par exemple que la mise en cause des dirigeants de l'entreprise en raison de l'étendue du passif échappe à la loi modèle tandis que la demande formée contre le débiteur aux fins de paiement de fournitures effectuées pour les besoins de l'exploitation continuée pendant le cours de la procédure d'insolvabilité ne souffre pas de l'exclusion et doit se conformer aux règles de la loi modèle. Ainsi définie, l'exclusion est justifiée par la nature de la procédure comme par ses modalités qui confient à l'autorité publique un rôle important; il s'agit d'une procédure de substitution à l'exécution forcée qui, dans l'intérêt collectif de tous les opérateurs d'un marché, tend à l'assainissement des relations commerciales. La faillite n'est pas considérée comme une simple affaire d'intérêt privé.

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

---

<sup>221</sup> CJCE 22 février 1979, aff. 133/78, *Gourdain c. Nadler*.

<sup>222</sup> *Ibid.*

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

**Art. 3. *Tratados internacionales.*** 1. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán en la medida en que sean conformes con lo dispuesto en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte. En caso de contradicción prevalecerán las disposiciones de los tratados.

2. En la interpretación de tales tratados, se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme.

96. Le premier paragraphe de cet art. 3 établit ou confirme une hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique de l'Etat qui adopte la loi modèle<sup>223</sup>. Cette adoption, qui est une démarche normative unilatérale de l'Etat, ne peut avoir pour effet d'altérer les engagements que celui-ci aurait pris par la voie conventionnelle envers un ou plusieurs autres Etats d'introduire dans son ordre juridique (et partant d'obliger ses organes internes à appliquer) les normes correspondant aux dispositions du traité. Le §1 ne fait que rappeler une solution de droit constitutionnel très largement reçue, établissant la suprématie des traités internationaux ou plus exactement des normes dont ils commandent l'introduction dans le système interne; cette suprématie résultant de l'engagement international s'exerce sur les règles unilatéralement adoptées par l'Etat et relevant de sa législation nationale, même lorsque celles-ci sont empruntées à un instrument d'harmonisation internationale tel qu'une loi modèle.

97. Le §2 reprend une directive qui figure dans plusieurs traités internationaux multilatéraux et qui est destinée à favoriser l'unité d'interprétation entre les Etats parties. Cet objectif sera approché par le remplacement de la référence aux principes, catégories et politiques législatives gouvernant le fonctionnement du système de droit interne, variables selon chaque ordre juridique, par une référence commune aux principes et fins arrêtés par l'instrument conventionnel; c'est ce que vise "la prise en compte du caractère international" des dispositions du traité.

<sup>223</sup> CONC.: Art. 1.1° Código DIPr panameño; art. 1.2° Ley DIPr suiza; art. 2 Ley DIPr italiana, art. 2 Código DIPr belga, Art. 2557.3° Código de procedimiento civil rumano; art. 1 Ley DIPr venezolana; art. 4 Tratado de La Haya de 11 mayo 1951 que incorpora una Ley Uniforme de DIPr para el Benelux, art. 7.1° Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías; Art. 18 Convenio de Roma de 19 junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales; art. 38 Ante-Proyecto de Convención de la Conferencia de La Haya de 1999 sobre la competencia y los efectos de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil; art. 2 Proyecto argentino; art. 3 Proyecto dominicano; art. 3, g) y h) Proyecto mexicano; art. 1.1° Proyecto uruguayo.

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

**98.** Cette solution ne s'impose pas de toute nécessité sur le plan rationnel. Une formule incitant à la coopération entre les Etats ayant adopté la loi modèle aurait pu, sans modifier le §1<sup>er</sup>, énoncer :

Art. 3. *Tratados internacionales.* 1. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán en la medida en que sean conformes con lo dispuesto en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte. En caso de contradicción prevalecerán las disposiciones de los tratados.

2. *Sin embargo, como en la interpretación de tales tratados, en la interpretación de las disposiciones de la presente Ley se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme.*

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

Mais il ne faut pas dissimuler les difficultés pratiques que rencontrerait l'observation de pareille directive qui passe par une prise en compte de données délicates à définir; aujourd'hui, ces données semblent, chez les promoteurs de cette directive, devoir se résumer à la jurisprudence de chacun des Etats ayant adopté et mis en application la loi modèle; il conviendrait donc de collecter et de mettre les décisions composant cette jurisprudence à la disposition des tribunaux et des praticiens du "club OHADAC" afin de leur permettre de délibérer et motiver l'interprétation à laquelle ils choisissent de s'arrêter<sup>224</sup>.

---

<sup>224</sup> *Vid.* les développements que consacrent à cette question A. Giardina, "Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno", *Riv. dir. int.*, 1973, p. 101; S. Bariatti, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986, K. Parrot, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2006, pp. 256 ss.

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

**99. *Specialia generalibus derogant.*** La loi modèle est une loi générale de droit international privé; dans cette fonction, il lui incombe de fixer les principes de la discipline et de baliser les voies à suivre à défaut de solutions particulières légalement définies<sup>225</sup>. Aussi bien, elle n'a d'autre vocation, en présence de lois spéciales réglant tel ou tel problème particulier, que celle d'orienter l'interprétation que rendent parfois nécessaire la variété et la complexité des situations que visent celles-ci; il n'appartient pas à la loi modèle d'écarter et remplacer les lois spéciales.

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

- i) Domicilio: el lugar de residencia habitual;
- ii) Residencia habitual:

a) El lugar donde una persona física esté establecida a título principal, incluso aunque no figure en registro alguno y aunque carezca de autorización de residencia. Para determinar ese lugar se tendrá en cuenta, en particular, las circunstancias de carácter personal, familiar o profesional que demuestren vínculos duraderos con dicho lugar.

b) El lugar donde una persona jurídica o moral tenga su sede social, administración central o su centro de actividad principal.

c) El lugar donde esté situada la administración de un trust o el centro de sus principales intereses.

- 2. Ninguna persona física puede tener dos o más domicilios.

**100.** De manière générale, la loi modèle se rallie au rattachement par le *domicile*, de préférence à la nationalité et elle s'efforce de préciser ce qu'il convient d'entendre par domicile lorsque ses dispositions utilisent ce critère. Il convient alors de distinguer selon qu'est en cause une personne physique ou une personne morale, ou encore un trust<sup>226</sup>.

<sup>225</sup> CONC: Art. 2 Código DIPr belga; art. 2557.3<sup>a</sup> Cc rumano; art. 4 Proyecto dominicano.

<sup>226</sup> CONC.: Art. 4 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; arts. 20 y 21 Ley DIPr suiza; art. 4 Código DIPr belga; art. 2570 Cc rumano, arts. 11 a15 Ley DIPr venezolana, art. 1.2<sup>a</sup> Ley Uniforme Benelux; art. 6, letras b) a g) Proyecto Código DIPr argentino; arts. 16, 17 y 34 Proyecto colombiano; art. 5 Proyecto dominicano; art. 4 Proyecto puertorriqueño.

**111.** S'agissant des *personnes morales*, la loi modèle retient trois localisations possibles : le lieu du siège social, le lieu de l'administration centrale et le centre d'activité principal. Chacun de ces rattachements apporte son lot de difficultés. Le centre d'activité principal risque d'être mis en échec lorsque la société, par exemple, une compagnie aérienne issue de la fusion de deux sociétés opérant à partir de pays différents, continue d'exercer en ceux-ci ses activités à parts sensiblement égales, ou lorsque la société développe des activités d'exploitation, de fabrication, de transformation et de distribution dans des pays différents... Le lieu de l'administration centrale peut être celui où est implantée la direction générale opérationnelle ou bien celui où se réunissent les organes de direction et de contrôle de la société... Le siège social qui vient en tête de la liste est exposé traditionnellement à se dédoubler en siège social statutaire et siège social réel et, au contraire de l'art. 60, §1 du Règlement Bruxelles I dont il s'inspire, l'art. 5 ne tranche pas cette hésitation. Une interprétation concevable qui permettrait néanmoins de se soustraire au dilemme du siège social statutaire et du siège social réel, consisterait à réputer ce dernier au lieu de l'administration centrale et à considérer que, sous la dénomination de siège social, la *littera b*) ne vise que celui qui est mentionné dans les statuts, lequel se situe généralement sur le territoire de l'Etat dans lequel la personne morale a été constituée et enregistrée.

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

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

Ainsi limité aux conflits de juridiction, le rattachement alternatif par le siège social, le lieu de l'administration centrale et le centre d'activité principal, d'un côté, met à la disposition de l'Etat un chef de compétence exclusive de l'**art. 9** susceptible d'appréhender assez largement les contentieux concernant les sociétés qui s'intègrent de manière significative à son espace économique et, d'un autre côté, il porte à tempérer la rigueur avec laquelle sera appréciée la légitimité de la compé-

tence des tribunaux étrangers dont les décisions seront soumises à reconnaissance ou exécution.

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

C'est évidemment dans les territoires composant l'héritage britannique et entrés dans l'orbite du *common law* que le trust est diffusé. Mais, en raison de la concurrence entre systèmes juridiques, l'institution s'y est quelque peu écartée du modèle anglais et se rapproche du modèle du "trust international"<sup>227</sup> jugé plus attractif et sans doute plus accessible aux éventuels constituants de culture civiliste; ce modèle de "trust international" est celui que la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance a construit dans ses articles 2 et 3<sup>228</sup> pour assurer l'accueil des trusts volontaires dans les pays de tradition romano-germanique. Quoique cette convention ne se préoccupe pas du domicile du trust, elle fournit indirectement une directive de localisation par la voie des règles de conflit de lois (art. 6 et 7) qui mettent en œuvre le principe d'autonomie et subsidiairement des liens les plus étroits ou de proximité pour déterminer la loi applicable, à l'observation de laquelle est subordonnée la reconnaissance (art.11). Dans cette perspective, il conviendrait de se référer par priorité à la loi choisie par le constituant et ensuite, à défaut de choix, de tenir compte de divers éléments tels que le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, de la situation des biens du trust, de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee, des objectifs du trust et des lieux où ceux-ci doivent être accomplis. Cependant la lettre c) du §1 de l'art. 5 n'élève pas au premier rang la volonté du constituant qu'elle ne mentionne pas

<sup>227</sup> Selon M. Lupoi, *Trusts*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 257 et s., Anguilla, Antigua et Barbuda, Bahamas, Barbade, Belize, Bermudes, Îles Vierges britanniques, Îles Caïman, Nevis, Saint Vincent, Turks et Caïcos se sont ralliées à ce modèle; v. aussi Code belge, art. 122 et Liv. 10 c. néerlandais, art. 142

<sup>228</sup> Art. 2 : "Aux fins de la présente Convention, le terme "trust" vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes :

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;
- c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.

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

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

explicitement, même si elle n'exclut pas l'action de cette volonté dans la détermination du domicile.

**114.** Avec la loi modèle, le domicile a théoriquement vocation à intervenir dans le domaine du conflit de juridictions comme dans celui du conflit de lois. Cependant aucune disposition spéciale tendant à la détermination de la loi applicable au trust n'a été introduite qui puisse soustraire le régime international de celui-ci aux solutions de conflit du **titre III, chapitre 1<sup>er</sup>**, à moins que ces dernières ne soient supplantées par celles de la Convention de La Haye. En revanche, il a paru qu'il serait dangereux pour le demandeur contestant le trust, dans son existence ou dans son fonctionnement, de laisser à la seule discrétion du constituant le choix de la juridiction exclusivement compétente aux termes de l'**art. 10**. Par exemple, le contentieux des rapports internes d'un trust qui développerait ses activités à partir des Îles Cook pourrait relever de la compétence exclusive des tribunaux de Nevis (ou de Saint Vincent ou de Porto Rico ou même de la République dominicaine) parce qu'ainsi le prévoirait une simple stipulation du constituant, dont l'objet manifeste serait d'éloigner de quelques milliers de kilomètres le demandeur du juge compétent<sup>229</sup>. Aussi bien l'**art. 5, §1 litt c)** fait reposer le domicile sur deux éléments plus objectifs, qui condensent l'énumération, non limitative de l'**art. 7** de la Convention tout en restant perméables à l'influence de la volonté du constituant : le lieu de l'administration du trust, le centre de ses intérêts principaux. Le premier se fonde sur l'universalité que forment les biens constitués en trusts, réunis en une "masse distincte ... du patrimoine du *trustee*" qui implique une administration autonome à laquelle est associée une responsabilité patrimoniale propre; c'est au lieu où le *trustee* exerce ses pouvoirs et assume ses responsabilités que se situerait le domicile du trust – que la fixation de celui-ci procède de la volonté du *settlor* ou qu'elle soit laissée à l'initiative du seul *trustee*. Le second élément se fonde sur les finalités répondant à la volonté qui a déterminé le constituant à créer le trust; il dirige vers le lieu où principalement celles-ci sont poursuivies – qu'il s'agisse de celui de la situation des avoirs dont le rendement est affecté au bénéficiaire ou qu'il s'agisse de celui où les charges s'exécutent.

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

---

<sup>229</sup> La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, telle qu'amendée par la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978, avait fait un choix différent, entériné par les Règlements Bruxelles I et Bruxelles Ibis : licéité de la prorogation volontaire de compétence (art. 23, §§4 et 5 de Bruxelles I) en l'absence de compétence exclusive (art. 22) des tribunaux du domicile du trust lequel est déterminé (art. 60, §3) par les règles de droit international privé de l'Etat membre dont le juge est saisi. Ces solutions n'intéressent évidemment que le conflit de juridictions et leur libéralisme peut se justifier par le fait qu'elles interviennent dans le cadre du club de l'Union européenne et non pas à l'échelle internationale.

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

Il est vrai que, de son côté, le domicile est dans la tradition romano-germanique une notion un peu déroutante<sup>230</sup>; elle fait l'objet d'une définition dogmatique joignant principal établissement et *animus manendi* alors qu'elle est l'exemple même de la notion fonctionnelle. Ne serait-ce que par les facilités d'interprétation qu'ouvre la composante subjective, la relation au territoire a une signification fluctuant selon les domaines où elle est sollicitée. Levasseur avait montré que le domicile dépendait de la loi applicable à l'institution au fonctionnement de laquelle il contribuait<sup>231</sup>, ce qui soulignait le caractère protéiforme de la notion, fréquemment opposé à la certitude et la stabilité de la nationalité.

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

La loi modèle opte pour une autre solution et, franchissant le pas, elle se concentre sur l'élément objectif en assimilant ainsi domicile et résidence habituelle (*vid.* Convention interaméricaine de 1979, art. 2.1, Loi vénézuélienne, art. 11). C'est, en rejoignant un courant dominant dans le droit international privé comparé, renforcer la position du domicile dans son affrontement avec la nationalité. Mais ce coup de pouce, parfaitement opportun, au regard de la situation démographique de la zone OHADAC, ne s'accompagne que d'une demi-définition de la résidence habituelle. Du moins la *litt a*) balise-t-elle la démarche qui devrait permettre d'identifier le lieu de la résidence habituelle de la personne physique. Elle commence par dénier toute portée à cet égard au formalisme de l'inscription sur un registre de population (*vid.* code civil roumain, art. 2570, §1) et même à la détention ou non d'un titre de séjour, pour ne retenir qu'une conception factuelle : le lieu où la personne physique est établie à titre principal; c'est modaliser l'étymologie (visant le lieu où, de façon itérative [: *re*], l'individu siège ou se repose [: *sedere*]) en insistant sur le caractère usuel et réglé du comportement et en évitant toute référé-

---

<sup>230</sup> Plus déroutante peut-elle sembler encore dans l'acception du *Common Law* où elle recouvre une *origo* exposée à être éclipsée par un *domicilium* ou même plusieurs *domicilia* successifs et à réapparaître lorsque ceux-ci sont abandonnés.

<sup>231</sup> G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, Paris, Rousseau & cie, éditeurs, 1931.

rence à l'élément intentionnel. Le texte poursuit en fournissant un certain nombre d'indices propres à démontrer une insertion ou un établissement de l'individu dans le milieu social local, résultant de la participation à un réseau de rapports personnels, familiaux et professionnels (*vid.* code civil roumain, art. 2570, §2), ce qui suppose une présence durable, une sédentarisation. Imposant la marche à suivre, la *litt a*) permet d'aboutir à un rattachement relativement stable et naturellement flexible dans la mesure où l'interprète est conduit à une appréciation cas par cas de divers facteurs dont les poids respectifs ne sont pas prédéterminés; il est clair que les liens personnels et familiaux auront une valeur plus forte que le facteur professionnel lorsqu'il s'agira de définir le domicile d'un enfant mineur ou d'une épouse "au foyer", tandis qu'au contraire l'exercice par un médecin célibataire de son art de l'autre côté de la frontière où il a son cabinet, pourrait avoir un poids déterminant...

## TÍTULO II

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

#### Capítulo I

#### Ámbito de la jurisdicción caribeña

**Art. 6.** *Alcance general de la jurisdicción.* Los tribunales caribeños conocerán de los juicios que se susciten en territorio caribeño entre caribeños, entre extranjeros y entre caribeños y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.

2. Los extranjeros tendrán acceso a los tribunales caribeños en condiciones de igualdad con los nacionales y gozarán del derecho a una tutela judicial efectiva. Ninguna caución ni depósito, sea cual fuere su denominación, podrá imponerse ya sea por razón de su condición de extranjeros, ya por falta de domicilio o residencia en el país en caso de ser demandantes o intervinientes ante los tribunales caribeños.

3. Son válidos los acuerdos de elección de foro jurisdiccional cuando el litigio tenga carácter internacional. Se entenderá por litigio internacional aquel que tenga un elemento de extranjería jurídicamente relevante conforme se define en el párrafo segundo del art. 1 de la presente ley.

**116.** L'art. 6 inaugure le titre II de la loi modèle en ouvrant un chapitre premier consacré à l'étendue de la juridiction de l'Etat de Caraïbe<sup>232</sup>. Le terme *jurisdiction* désigne cette prérogative régaliennne qui habilite l'Etat ou ses organes à trancher les litiges et, en l'occurrence, à trancher les litiges en matière civile et commerciale comme le titre l'indique. Il s'agit du pouvoir de juger. C'est ce que confirme le §3 lorsqu'il admet la licéité des clauses d'élection de for pour les litiges présentant un caractère international; cette licéité, selon le cas, soit rapproche la frontière que ne peut pas franchir le pouvoir de juger des tribunaux caribéens et efface ainsi la compétence de ceux-ci, soit au contraire éloigne cette frontière et augmente la compétence de ceux-ci.

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

**117.** Les juges caribéens sont habilités à exercer le pouvoir de juger à l'égard de toute personne, de nationalité caribéenne ou non. Est ainsi réglée une question de condition des étrangers, à la solution de laquelle le §2 apportera ensuite quelques précisions complémentaires. En neutralisant l'opposition du citoyen et de l'étranger, le texte fonde d'abord une juridiction universelle quant aux personnes.

**118.** Mais cette juridiction est resserrée dans l'espace : le litige à trancher doit "survenir en territoire caribéen". La solution est réaliste. Le territoire est précisément l'espace dans lequel l'autorité étatique dispose du monopole de l'exécution forcée. Contre la renonciation à la justice privée et à l'usage individuel de la force brute, l'Etat moderne s'est engagé à assurer une justice publique et à en garantir la réalisation, au besoin, par la contrainte organisée; ainsi, parmi les prérogatives régaliennes, pouvoir de juger et pouvoir de contraindre sont associés l'un à l'autre. En somme, en exigeant un rattachement territorial, l'art. 6 indique que, sauf élection de for, un procès échappe à la juridiction caribéenne lorsque, par aucun de ses éléments, le rapport litigieux ne se localise sur le territoire caribéen, parce qu'alors non seulement la querelle ne trouble pas le cours de la vie sociale caribéenne, mais encore la décision qui serait prononcée ne pourrait bénéficier de l'action des organes d'exécution caribéens.

**119.** Cependant ce n'est pas parce qu'un litige survient sur le territoire qu'il sera nécessairement tranché par les tribunaux caribéens. En définissant le champ de la juridiction, le rattachement territorial permet de porter devant les juges caribéens tout autant les litiges internes que les litiges internationaux. Les premiers ne sont exposés à aucune juridiction concurrente et doivent être tranchés par les tribunaux

---

<sup>232</sup> CONC.: Arts 4 y 21 LOPJ (España); arts. 3 y 4 Ley DIPr italiana; art. 39 Ley DIPr venezolana; art. 15 Ley DIPr panameña art. 251 Código de Procedimiento Civil de Nicaragua; art. 6 Proyecto dominicano; arts. 145 ss Proyecto mexicano; art. 7 Proyecto colombiano.

caribéens. En revanche, les seconds naissent de situations qui, par hypothèse, se développent au contact de plusieurs ordres juridiques, chacun doté d'un appareil judiciaire-coercitif susceptible de les résoudre; par conséquent, ces litiges internationaux sont exposés à une concurrence des juridictions qui place la Caraïbe en position de déterminer la part du contentieux international qu'elle juge opportun de confier à ses propres tribunaux et la part qu'elle peut laisser aux juridictions étrangères sans compromettre les intérêts des plaideurs ni la paix civile dans la vie sociale qu'elle contrôle. Aussi bien, le §1<sup>er</sup> avertit que la juridiction dont l'exercice est dévolu aux tribunaux caribéens se déploiera selon le système de compétence internationale "établi par la présente loi et les traités et accords internationaux auxquels la Caraïbe est partie". Il s'ensuit qu'en pratique un litige international présentant un lien territorial avec la Caraïbe ne sera (réserve faite de l'élection de for) pris en charge par la juridiction caribéenne que s'il vérifie un chef de compétence d'origine légale ou conventionnelle.

**120.** La juridiction universelle est ainsi réduite par le double emboîtement qu'opèrent le rattachement territorial et le système de compétence internationale. Le §2 garantit qu'aucune restriction ne sera opposable aux plaideurs en raison de leur qualité d'étrangers; les plaideurs qui n'ont pas la nationalité caribéenne auront accès à la juridiction caribéenne dans les mêmes conditions que les citoyens caribéens et jouiront donc sur un pied d'égalité du droit à une protection juridictionnelle effective. L'égalité de traitement entre national et étranger condamne évidemment l'antique *cautio judicatum solvi* qui dans certains Etats a pu être, sous une forme ou sous une autre, exigée des seuls étrangers, soupçonnés en tant que tels d'être enclins à exercer des actions en justice téméraires et à se dérober ensuite à la charge de frais et dépens en se retirant dans leur pays<sup>233</sup>; à l'époque de la mondialisation cette représentation du plaideur étranger est pour le moins anachronique. Pour souligner la valeur attachée à cette égalité de traitement et placer celle-ci sous l'égide du principe de non discrimination, réaffirmé par les conventions relatives aux droits de l'homme, sont aussi mentionnées les personnes qui n'auraient pas de domicile ou de résidence en Caraïbe; pas plus que les étrangers, celles-ci ne doivent être entravées dans leur accès à la justice.

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

---

<sup>233</sup> Vid. sur cette institution, M. Philonenko, "La caution 'judicatum solvi'", *Journ. dr. int.*, 1929, pp. 609 et 896; sur son élimination en droit français, G. Droz, "La sentinelle perdue ou la disparition subreptice de la caution *judicatum solvi*", *Rec. gén. lois*, 1973, p. 281.

dans les limites tracées par le principe de non discrimination et le droit à la protection juridictionnelle effective.

**121.** Le §3 impose à la juridiction universelle ainsi circonscrite, une limitation supplémentaire et occasionnelle, résultant de la volonté privée. Il admet en effet la licéité des clauses d'élection de for visant les litiges présentant un caractère international<sup>234</sup>. Ce faisant, il ne distingue pas selon que la clause, en désignant un tribunal étranger, réduit la juridiction caribéenne ou selon qu'en désignant un tribunal caribéen, elle étend cette juridiction. Néanmoins, il ne s'ensuit pas que la loi modèle élève les choix de volonté privée ou l'autonomie des particuliers au rang de principe et ramène les chefs de compétence énoncés par elle ou par le droit conventionnel à un rang subsidiaire. L'**art. 10** montrera, par exemple, que bien qu'issues de la loi, les compétences exclusives de l'**art. 9** ou les compétences en matière de droit des personnes et de la famille de l'**art. 13**, tiennent en échec les clauses attributives de juridiction. En d'autres termes, l'autonomie des particuliers n'est consacrée que lorsque le litige porte sur un rapport relevant d'une matière où la composition des intérêts privés n'est pas placée sous le contrôle de la *publica utilitas*, sous le contrôle de l'intérêt public. A chacun son domaine. L'autonomie des parties ne s'impose que lorsqu'elle s'exprime dans les domaines où celles-ci ont la libre disposition de leurs intérêts.

**122.** Le §3 ne mentionne pas cette restriction; il reste sur un plan général. Il n'indique pas davantage les conditions auxquelles est subordonnée la validité de l'accord d'élection de for; celles qui sont propres aux clauses de juridiction figurent aux **articles 10 et 12** alors que les autres relèvent du droit commun des conventions. En revanche le §3 marque clairement que la licéité qu'il proclame ne concerne que les stipulations visant un litige présentant un *caractère international*. Et l'importance de cette précision est soulignée avec un peu d'insistance par un renvoi à la définition de l'internationalité de **art. 1<sup>er</sup>, §2**<sup>235</sup> à laquelle il convient donc de se reporter. La loi modèle se garde évidemment de prononcer sur la licéité ou l'illicéité, absolue ou relative, des prorogations volontaires de for en droit interne; cette question relève du droit judiciaire privé de chaque Etat et elle se pose dans le cadre d'une organisation judiciaire homogène et non pas dans une hypothèse de pluralité d'ordres juridictionnels. La clause de juridiction visant des litiges à caractère international tend spécialement à prévenir les inconvénients de cette pluralité et de la diversité des offres de justice qui en résulte – au premier rang desquels se place le risque, dévastateur, de procurer à la partie la plus rapide le choix du juge qui lui est le plus commode sur le plan procédural et le plus favorable sur plan subs-

<sup>234</sup> Vid. C.A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, Paris, LGDJ, 2011

<sup>235</sup> "Son internacionales las relaciones privadas que presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico a través de sus elementos constitutivos, correspondientes a la persona de sus sujetos, a su objeto o a su creación".

tantiel. Il s'agit bien là de dangers spécifiques aux relations privées internationales tels que définies à l'**art. 1<sup>er</sup>, §1.**

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

**Art. 7. Inmunidad de jurisdicción y de ejecución.** 1. El alcance del artículo anterior se determinará sin perjuicio de los supuestos de inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus órganos establecidos por las normas del Derecho internacional público. En materia civil y comercial los tribunales caribeños aplicarán con carácter restrictivo el ámbito de esta inmunidad limitándola exclusivamente a los actos que impliquen el ejercicio del poder público (*actos iure imperii*) o realizados en el interés de un servicio público (*actos iure imperii*).

2. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de los agentes diplomáticos acreditados en Caribe se regulará por los en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.

3. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de las Organizaciones internacionales de las que sea miembro Caribe se determinan por sus tratados constitutivos. Los agentes de dichas Organizaciones internacionales se beneficiarán de dichas inmunidades en los términos previstos por estos tratados.

**124.** La juridiction caribéenne peut être neutralisée par la mise en jeu de l'immunité de juridiction<sup>236</sup>. A la différence des limitations prévues par les dispositions de l'**art. 6** qui pourraient être qualifiées d'intrinsèques parce qu'elles procèdent de la structuration même de la juridiction caribéenne, le retranchement opéré par l'immunité agit de l'extérieur et élève ainsi un obstacle extrinsèque et c'est ce caractère qui explique sans doute que celui-ci est rarement mentionné dans les lois dédiées au droit international privé ou au droit judiciaire international. Cet obstacle est dû au droit des relations entre Etats, au droit international public, sans lien parti-

<sup>236</sup> CONC.: Convención de Viena de 18 abril 1961 sobre relaciones diplomáticas; Convención de Viena de 24 abril 1963 sobre relaciones diplomáticas; Convención de las Naciones Unidas de 2 diciembre 2004 sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes; *Foreign Sovereign Immunities Act*, 21 octubre 1976 (EE UU); *State Immunity Act*, 20 juillet 1978 (Reino Unido); *Foreign Sovereign Immunities Act*, 6 octubre 1981 (República Sudafricana); *Foreign Sovereign Immunities Act*, 16 décembre 1985 (Austria); art. 7 Proyecto Ley DIPr dominicano; art. 15 Proyecto Ley DIPr panameño.

culier avec les exigences de la justice procédurale qui configurent le pouvoir de juger<sup>237</sup>.

**125.** C'est en effet fondamentalement la notion de *souveraineté* étatique qui justifie l'immunité juridiction<sup>238</sup>. Dans la mesure où il reconnaît la souveraineté des autres Etats, un Etat souverain choisit de les tenir pour ses pairs : la dispersion de la souveraineté débouche sur l'égalité et celle-ci s'oppose à ce qu'un Etat souverain soit assujéti au pouvoir d'un autre, quand bien même celui-là serait entré dans une situation dont celui-ci admet ou prescrit, lorsque considérée objectivement, qu'elle soit soumise à ses tribunaux – par exemple, dans la situation du locataire d'un appartement situé sur le territoire et dont le loyer n'aurait pas été versé au propriétaire. L'égalité incite aussi à la courtoisie, à la *comitas* ou *comity of nations*, qui serait méconnue si un Etat laissait se développer devant ses tribunaux des procédures dirigées contre un autre Etat et susceptibles de restreindre d'une manière ou de l'autre la liberté et l'indépendance de ce dernier dans la poursuite de ses missions de puissance publique.

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

**126.** Le premier soin du §1<sup>er</sup> de l'art. 7 est de rappeler à la juridiction caribéenne cette limitation imposée en faveur des Etats étrangers. Mais cette disposition s'est trouvée ensuite dans la nécessité d'énoncer une directive d'interprétation en raison de ce que nombre d'Etats contemporains s'adonnent à des activités qui ne ressortissent pas à l'exercice des prérogatives de souveraineté, tandis que d'autres utilisent les voies du droit civil ou du droit commercial pour accomplir leurs missions de puissance publique.

**127.** D'entrée de jeu, le principe de l'immunité de juridiction est rattaché aux règles du droit international public; la contrepartie de ce rattachement est que l'action du principe sur le fonctionnement des tribunaux est purement incidente et constitue dès lors, au regard du droit judiciaire privé dont ce fonctionnement relève, une exception. Comme telle, cette exception doit être interprétée strictement. La mention, à côté des Etats, de leurs organes ne contredit pas cette règle, puisqu'en réalité elle se borne à donner au principe son développement naturel : l'Etat ne peut agir que par le relais de ses organes (départements ministériels, agences) et c'est

---

<sup>237</sup> *Vid. infra*, commentaire à l'art. 77.

<sup>238</sup> *Vid.* P. Andrés Sáenz de Santa María, "El estatuto internacional del Estado: La inmunidad soberana del Estado extranjero (Jurisdicción y ejecución)", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, vol. XI, pp. 91–223; H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford UP, 2002.

l'action de ceux-ci qui pourrait être perturbée par des procédures les éloignant du souci des intérêts de souveraineté dont ils ont la charge. Au demeurant, traditionnellement ces organes ne jouissent pas d'une réelle autonomie de gestion et n'ont pas d'autre personnalité juridique que celle de l'Etat dont ils sont les instruments; ils sont donc indissociables de l'Etat qui les manœuvre, ce dont prend acte la formule de l'art. 7.

**128.** Le caractère d'exception (qui sur le plan technique ne prend pas la forme d'une simple exception de procédure, mais celle plus radicale d'une fin de non recevoir) est souligné par la seconde phrase du même paragraphe; celle-ci s'adresse littéralement aux tribunaux caribéens, mais doit être entendue de tout interprète comme des Etats eux-mêmes<sup>239</sup> et de leurs partenaires privés, pour exclure toute possibilité d'extension du domaine de la protection assurée par l'immunité au delà des différends nés des actes impliquant l'exercice de la puissance publique ou accomplis dans l'intérêt d'un service public. Par ces termes la loi modèle ajuste le champ de l'immunité au fondement qui lui est reconnu, en un temps où les Etats ont considérablement développé et varié leurs activités, débordant fréquemment le simple exercice des prérogatives de souveraineté, et diversifié leurs modes d'action, puisant largement dans l'arsenal des moyens du droit privé ou plus généralement du droit commun. L'orientation dominante actuelle du droit international public, telle qu'elle ressort par exemple de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004, consiste à rechercher les critères de délimitation dans la nature de l'acte à l'origine du litige, spécialement dans la nature de "transaction commerciale"<sup>240</sup> et, devant la résistance que ce concept oppose à la qualification des situations pratiques, à décliner une série de schémas d'opérations typiques de la figure (art. 2, 1, c de ladite convention) ainsi réputés ne pas mettre en cause la souveraineté de l'Etat partie<sup>241</sup>. Cette approche objective n'est cependant pas universellement acceptée et divers Etats (Chine, France, Japon, etc) n'hésitent pas à interroger, au delà de la nature de l'acte, le but dans lequel celui-ci est accompli – ce que n'exclut d'ailleurs pas radicalement la convention de 2004 (art. 2, 2). La loi modèle incline vers cette seconde conception. Elle se réfère d'abord à la non-implication de la puissance publique, c'est-à-dire au non-exercice de ces prérogatives de souveraineté que signalent en général des clauses exorbitantes du droit commun que seule l'autorité publique peut imposer à un cocontractant; c'est dire qu'en règle générale l'immunité sera refusée si l'Etat a agi dans les formes du droit privé. Toutefois, la loi modèle prévoit une réserve en introduisant ensuite, sur le mode alternatif et complémentaire, un second critère qui permet de rattraper les actes accomplis par

<sup>239</sup> Le §1<sup>er</sup> n'a pas jugé utile de mentionner les démembrements ou composantes de l'Etat souverain, sujet du droit international; c'est que ceux-ci ne peuvent revendiquer le bénéfice du privilège dénégatoire de juridiction que dans la mesure où ils sont habilités à exercer sur le plan international les prérogatives appartenant à l'Etat souverain lui-même; l'immunité opposée est alors celle de l'Etat souverain.

<sup>240</sup> Comp. *Foreign Sovereign Immunities Act 1976* (EE UU)

<sup>241</sup> Comp. *State Immunity Act 1978* (s.3, ss.3)

l'Etat ou ses organes dans l'intérêt du service public, seraient-ils dépourvus de clauses exorbitantes<sup>242</sup>. Corrélativement, face à la tendance des Etats à recourir à des entités (entreprises publiques) ou à des émanations dont les structures relèvent parfois du droit privé (sociétés anonymes ou autres), ce critère alternatif et finaliste couvrira les litiges issus d'opérations qui sont passées dans les formes du droit privé mais qui sont destinées à s'intégrer dans les missions incombant à la puissance publique et qui, par conséquent s'inscrivent, par personne interposée, dans le champ d'exercice de la souveraineté étatique.

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

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

**131.** L'immunité de juridiction des organisations internationales est l'objet d'un traitement analogue par le §3; la primauté des traités internationaux, et ici, spécialement des traités constitutifs de l'organisation auxquels la Caraïbe a souscrit, déterminera le principe de l'immunité et son étendue de même que l'identité des bénéficiaires.

**132.** La loi modèle reconnaît naturellement à chaque Etat la latitude que lui laissent le droit international public et le droit de toute personne à une protection juri-

---

<sup>242</sup> *Vid.* la position analogue du droit français, Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ., 22 juin 1969, *Société Levant Express*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1970, p. 102, note P. Bourel, *Grands arrêts*, n° 47.

dictionnelle effective, d'organiser selon ses propres vues le régime procédural de l'immunité.

**Art. 8. Excepción de arbitraje.** 1. En caso de que un litigio cubierto por un convenio de arbitraje se lleve ante un tribunal caribeño cuando se ha llevado ya ante un tribunal arbitral, el tribunal caribeño declara la demanda inadmisibile.

2. En caso de que un litigio cubierto por un convenio de arbitraje se somete a un tribunal caribeño cuando no se ha sometido todavía ante un tribunal arbitral, el tribunal caribeño declara la demanda inadmisibile salvo que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o inaplicable.

**133.** La Loi modèle, par son **art. 2, iii**), écarte de son domaine l'arbitrage. Mais en pratique celui-ci entre en concurrence avec la juridiction étatique lorsque les règles de compétence de la loi modèle appréhendent pour le compte des tribunaux étatiques le litige que vise un accord compromissoire. Cette éventualité rend nécessaire l'art. 8 dont l'objet est de délimiter les champs respectifs de la juridiction étatique et de la juridiction arbitrale. Il s'agit simplement de marquer la limite du pouvoir de juger des tribunaux étatiques face au pouvoir de juger des arbitres et non pas d'interférer dans la réglementation de l'arbitrage<sup>243</sup>.

**134.** L'instance arbitrale n'est utile que si l'arbitre (ou le tribunal arbitral) est investi de la juridiction sur le litige à trancher. La contestation de ce pouvoir de juger relève de la règle dite de *compétence-compétence*<sup>244</sup>. Cette règle est largement répandue dans le droit comparé de l'arbitrage international comme dans le droit conventionnel ou dans les règlements des institutions arbitrales. Elle y prospère sous la forme banale de l'*effet positif* qui consiste à reconnaître à l'arbitre le pouvoir de statuer sur sa propre juridiction, c'est-à-dire sur la validité ou l'efficacité de son investiture à l'égard du litige qui lui est soumis<sup>245</sup>.

Cette règle de compétence-compétence a vainement encouru le grief de reposer sur une pétition de principe, une espèce d'auto-légitimation ou d'auto-lévitiation (*bootstrapping*) de l'arbitre. Il suffit de répondre que le pouvoir qu'il détient de

<sup>243</sup> CONC: Arts. V y VI Convention de Genève de 1961 sobre arbitraje comercial internacional; art. II.3<sup>a</sup> Convention de New York de 1958; arts. 8 y 16 Ley Modelo CNUDCI; art. 41.1<sup>o</sup> Convención de Washington de 1955; art. 7 Ley DIPr suiza; arts. 9 30 y 32 Arbitration Act 1996; arts. 1679 y 1697 Code judiciaire belge; arts. 1448, 1465 y 1506 Code de procédure civil (France); art. 202 Constitución de la República de Panamá; arts. 1022 y 1052 Code de procédure civile (Pays Bas), arts. 1032 y 1040 ZPO; art. 6.2<sup>o</sup> Règlement CCI 1998, art. 23 Règlement CNUDMI; art. 23.1<sup>o</sup> Règlement LCIA; art. 15 Règlement AAA.

<sup>244</sup> Cette dénomination est empruntée à la langue juridique allemande, elle traditionnellement utilisée en matière d'arbitrage bien qu'en l'espèce ce soit la juridiction plutôt que la compétence qui est concernée.

<sup>245</sup> L'accord compromissoire peut être affecté d'un vice qui en emporte la nullité, il peut aussi être inaplicable au litige parce qu'il n'engage pas l'une des parties ou parce que les intérêts en cause ne sont pas arbitrables; ces cas d'inefficacité relèvent du droit de l'arbitrage, exclu de loi modèle (art. 2, iii).

statuer sur la validité de l'accord compromissaire ne procède pas de l'arbitre lui-même, mais de l'apparence d'accord compromissaire et que cette apparence a été jugée suffisante par le législateur (qui adopte la loi modèle) pour fonder le pouvoir contesté<sup>246</sup>. De plus, la justice procédurale exige cette aptitude à prononcer sur sa propre investiture lorsque cette dernière est contestée par le défendeur. En effet, dénier à l'arbitre la possibilité de statuer lui-même sur la question de sa juridiction, c'est contraindre le demandeur, qui croit en cette juridiction au point de s'y être rapporté, d'en rechercher la confirmation auprès d'un tribunal étatique, tandis que le défendeur n'aurait qu'à attendre l'issue de ce recours, alors que c'est lui qui, en critiquant la convention d'arbitrage, a pris l'initiative du contentieux sur le pouvoir de juger de l'arbitre : en principe, c'est à celui qui invoque la nullité d'un acte qu'il incombe d'en établir les vices; ici, le caractère préjudiciel de la question aboutirait à une inversion des positions procédurales des parties et les charges de l'allégation et de la preuve seraient transférées à l'autre partie et, de plus, le règlement du litige au fond serait sensiblement ralenti. Ce ne serait pas équitable et ce ne serait pas opportun de récompenser ainsi les manœuvres dilatoires du défendeur. Aussi bien, cet effet positif de la règle de compétence-compétence est vigoureux au point que, en général et au risque, il est vrai, du développement de procédures parallèles, le pouvoir de l'arbitre de juger de sa propre juridiction n'est pas affecté par la contestation que l'une des parties porterait devant un tribunal étatique.

**135.** A l'instar de certains droits nationaux de l'arbitrage international<sup>247</sup>, la loi modèle double et renforce cet effet positif d'un *effet négatif* qui n'offre à l'arbitre aucune prérogative supplémentaire et qui ne s'adresse pas directement à lui, mais au juge étatique saisi d'un litige devant lequel la juridiction arbitrale est revendiquée par le défendeur. Le cas ordinaire est celui de l'exception d'arbitrage<sup>248</sup>.

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

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

Soit l'instance arbitrale est déjà engagée et alors le tribunal étatique, saisi en second, doit se dessaisir aussitôt sans connaissance au fond, sur la seule invocation de

<sup>246</sup> Cette apparence est aussi jugée suffisante par nombre de droits nationaux et par le droit conventionnel.

<sup>247</sup> Il s'agit du droit panaméen et du droit français; *vid.* C.-A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté*, *op. cit.*, n° 139 et s., p. 82 et s.

<sup>248</sup> Il se peut également que la question de la validité ou de l'étendue de l'investiture de l'arbitre soit soulevée à titre incident devant le juge d'appui en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral.

la convention d'arbitrage<sup>249</sup> et il n'y aura d'autre contrôle effectué par les tribunaux étatiques sur l'existence ou l'étendue de l'accord compromissaire que celui qu'ils seront éventuellement appelés à exercer plus tard sur un recours en annulation ou lors de la procédure d'exequatur.

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

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

Il est certain que la solution de l'effet négatif que partagent le droit français et le droit panaméen<sup>250</sup> est isolée en droit comparé. La priorité qu'elle accorde à l'arbitre sur le juge heurte les systèmes qui sont circonspects à l'égard de l'autonomie de la juridiction arbitrale et préfèrent maintenir celle-ci sous la férule de la juridiction étatique. Si la loi modèle choisit néanmoins à l'encontre de la majorité le dessaisissement du juge sans examen au fond de l'accord compromissaire et opte de la sorte pour le libéralisme et l'émancipation de l'arbitrage international, ce choix n'a pas d'autre but que d'offrir aux Etats de l'espace OHADAC qui y seraient prêts la possibilité de s'éloigner de la conception traditionnelle statocentrique ou westphalienne de la juridiction...

---

<sup>249</sup> Art. 1465 c. pr. civ. fr. : "Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel"

<sup>250</sup> Une interprétation favorable à l'effet parvient à associer à ces droits la Convention de Genève du 21 juin 1961, art. VI

## Capítulo II

### Foros de competencia

**Art. 9. Competencias exclusivas.** Los tribunales caribeños serán competentes con carácter exclusivo en las siguientes cuestiones:

i) derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se encuentren en territorio caribeño;

ii) constitución, validez, nulidad o disolución de una sociedad o de una persona jurídica que tenga su domicilio en territorio caribeño, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos cuando éstos afecten a su existencia *erga omnes* y a sus normas de funcionamiento.

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

v) inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en Caribe el depósito o registro;

vi) reconocimiento y ejecución en territorio caribeño de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero;

vii) medidas conservatorias que sean ejecutable en Caribe;

viii) los procesos relativos a la determinación de la nacionalidad caribeña.

**137.** Quoique les cas de compétence exclusive des tribunaux caribéens soient les premiers auxquels se consacre le chapitre 2 du titre second, ils ne doivent pas être considérés comme établissant une compétence de principe à laquelle les dispositions suivantes apporteraient quelques exceptions<sup>251</sup>. La loi modèle ne suit pas le plan de la Convention de Bruxelles de 1968 ou du Règlement Bruxelles I qui donne la préférence au mécanisme de compétence générale fondé sur le domicile du défendeur et suggère ainsi que les autres chefs de compétence sont dérogatoires et d'interprétation stricte. Elle se rallie à l'ordre d'exposition retenu par d'éminents commentateurs de ces instruments européens<sup>252</sup>, lequel, sans doute mieux qu'une espèce de hiérarchie des chefs de compétence, exprime une priorité opératoire des compétences exclusives par rapport aux prorogations volontaires de for et au dispo-

<sup>251</sup> CONC : Art. 22 Reglamento (CE) CE n°44/2001; art. 24 Reglamento (UE) n°1215/2012; art. 22 Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (España); arts. 1078, 1079 y 1081 Cod. Proc. Civ rumano; art. 8 Proyecto dominicano; art. 8 Proyecto colombiano.

<sup>252</sup> H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4e éd., 2010; J.C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional Privado*, n. 43 et s. *Vid.* aussi le Projet dominicain, art. 8 et s.

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

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

**139.** *En premier lieu*, une compétence exclusive est une *compétence globale* (ou *internationale*, ou encore *générale*, selon la terminologie de Bartin) en ce sens que la désignation qui résulte de la localisation du litige au sein de l'ordre juridique caribéen porte sur l'ensemble des organes judiciaires; c'est la solution du droit de l'Union européenne (Règlement Bruxelles I, art. 22) comme du droit espagnol (LOPJ, art. 22, 1°) et sans doute est-elle justifiée par l'idée d'une implication significative dans les contentieux ainsi réservés d'un intérêt propre de l'État sur le plan international, beaucoup plus que par un rapport particulier qui unirait la cause à un tribunal déterminé. En conséquence, il revient à l'État et à l'ordre juridique caribéens, une fois établie leur compétence générale, d'identifier dans l'appareil judiciaire national le tribunal à saisir au moyen de leurs règles de compétence interne<sup>253</sup>.

*En second lieu*, la compétence exclusive est une *compétence impérative*. Il s'ensuit que les clauses aux termes desquelles les parties seraient convenues de confier le litige à un ou à des tribunaux d'un État étranger sont inopérantes et ne peuvent entamer la compétence caribéenne. Cette indisponibilité de la compétence

---

<sup>253</sup> *Contra*, Proyecto mexicano, art. 148, litt. g), h) et j), où les règles de compétence internationale (non exclusive, semble-t-il) désignent le tribunal mexicain spécialement compétent.

caribéenne est le corollaire naturel de l'exclusivité : en n'autorisant que la saisine des tribunaux caribéens, celle-ci supprime la concurrence des juridictions et ne laisse aucun choix aux plaideurs.

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

**140.** *En quatrième lieu*, la compétence exclusive produit un effet particulier dans les rapports entre Etats ayant adopté la loi modèle. Il s'agit de ce que certains auteurs ont dénommé *effet réflexe*<sup>254</sup> ou *effet-miroir*. Celui-ci conduira le juge caribéen qui a été saisi, alors que le chef de compétence retenu par l'art. 9 se concrétise au sein de l'ordre juridique de l'Etat étranger, à se dessaisir. Par le jeu de l'art. 9, cet Etat étranger revendique le monopole sur le litige comme l'aurait fait sur la même base la Caraïbe si le chef de compétence exclusive s'était réalisé sur son territoire. L'intérêt particulier de cet effet réflexe se manifeste dans le cas où les circonstances de la cause ne permettant pas au juge caribéen de s'appuyer sur l'art. 9, lui offriraient cependant la possibilité de fonder sa compétence sur une autre règle, par exemple lorsque le défendeur a son domicile en Caraïbe (**art. 11**); dans cette hypothèse, si le procès s'engage et se poursuit en Caraïbe, rien ne garantit qu'il ne sera pas également porté devant les juges de l'Etat étranger et donc rien ne prévient le risque de conflit de procédures ni, par conséquent, le risque de conflit de décisions. Or, si ces risques de conflit trouvent une issue au regard du droit de Caraïbe dans l'**art. 74** qui, au plan de la reconnaissance et exécution, conduit à préférer le procès ou le jugement caribéen et à censurer le procès ou le jugement étranger (**art. 74, iv ou v**), ce ne peut être qu'une issue en trompe l'œil pour les parties, car il est évident qu'en pratique, le différend se localisant à l'étranger, la décision caribéenne ne s'y imposera pas et ne pourra y donner lieu à exécution forcée; alors qu'au contraire, le jugement étranger, disqualifié en Caraïbe, pourra sans difficulté être ramené à exécution par les autorités de l'Etat au nom duquel il a été prononcé. En admettant l'effet réflexe qui garantit l'unité de procédure par le dessaisissement du juge caribéen, l'art. 9 se plie aux exigences d'économie procédurale et, de plus, il s'aligne sur l'objectif même de ce mode d'unification douce qu'est la loi modèle en assurant l'unité de solution entre les Etats qui s'y sont ralliés. En revanche, il a pu paraître plus téméraire de prévoir pareille division du travail juridictionnel avec des Etats qui n'ont pas adopté la loi modèle et qui, plutôt que s'engager sur la voie de

---

<sup>254</sup> G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Bibl. Dr. int. pr., vol. xiii, Dalloz 1972, n° 165, P. Gothot et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, 1985, n°37.

l'harmonisation, préfèrent conserver leur propre système de compétence internationale, dont la teneur peut être différente – que ce soit par l'effet de divergences de rattachement ou par l'effet de divergences de qualification des demandes – et aboutir à laisser la compétence aux tribunaux de quelque Etat tiers dont les titres seraient moins pertinents que ceux que conservent les tribunaux de Caraïbe.

Ainsi l'effet réflexe se limite à obliger le juge caribéen à se déclarer, au besoin d'office, incompétent dans le seul cas où il est assuré que le litige sera tranché à l'étranger par des tribunaux dont la compétence est incontestable (**art. 17, §4**<sup>255</sup>); c'est précisément ce que garantit l'adoption de la loi modèle par l'Etat de réalisation du critère de l'art. 9. Avec l'effet réflexe s'esquisse un réseau de coopération judiciaire qui pourrait se développer en véritable espace judiciaire Ohadac.

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

**142.** Mais il se pourrait qu'un tribunal étranger s'estime compétent pour connaître d'une question de nationalité caribéenne, par exemple, parce que ses propres règles de droit judiciaire international l'autorisent à connaître *incidemment* de la question de nationalité dont la solution est nécessaire pour la résolution de la question principale dont il est saisi en tant que juge du domicile du défendeur. Cette

---

<sup>255</sup> Art. 17, §4 : "Los tribunales caribeños se declaran de oficio incompetentes cuando se lleva ante ellos una demanda para la cual los tribunales de otro Estado que haya adoptado la presente ley son exclusivamente competentes en virtud del art. 9".

éventualité intéresse la Caraïbe sur le plan de la reconnaissance de la décision ainsi obtenue à l'étranger : l'exclusivité de la compétence de l'art. 9 ne fait-elle pas, selon l'**art. 74, iii**), obstacle à la régularité et donc à l'efficacité de cette décision étrangère ? Quoique le texte de l'art. 9 ne fasse pas de distinction entre demande principale et question incidente, il semble qu'ici il convienne de restreindre l'exclusivité de la compétence internationale et le monopole qu'elle attribue aux juges caribéens à l'hypothèse où la nationalité caribéenne est l'objet principal de l'instance. Le refus de reconnaissance opposé à la décision étrangère conduirait à un déni de justice autorisant le renouvellement du procès devant le juge caribéen (**art. 15, ii**), alors même que l'issue de la question de nationalité caribéenne traitée incidemment dans l'instance étrangère n'y a, au plus, reçue d'autorité qu'au regard de la solution apportée à la question principale; les coûts et délais exigés par le redoublement des procédures seraient disproportionnés au point de représenter une entrave à la jouissance du droit à une protection juridictionnelle effective que ne pourrait justifier le faible trouble redouté de la reconnaissance. Réciproquement, le cantonnement aux seuls cas où la question de nationalité caribéenne est l'objet principal du procès doit être admis pour l'interprétation et l'application de l'**art. 17 §4** : les tribunaux caribéens se déclarent d'office incompétents lorsqu'ils sont saisis à titre principal d'une demande portant sur une nationalité étrangère, sur laquelle les tribunaux d'un autre Etat ayant adopté la loi modèle sont exclusivement compétents en vertu de l'art. 9; en revanche, si la question de nationalité étrangère est soulevée incidemment à une question principale qui relève de leur compétence, les tribunaux caribéens n'ont pas à se déclarer incompétents.

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

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

monopole est circonscrit au territoire national. Associée à la précédente, cette dernière justification vaut aussi à propos des *mesures conservatoires* qui doivent être exécutées sur le territoire de la Caraïbe (art. 9, vii).

**144.** Sans doute moins étroitement impliquée, la souveraineté l'est encore s'agissant des *registres publics* institués et gérés pour consolider diverses sortes de droits des particuliers et faciliter leur exercice par l'information des tiers (registre de l'état civil, registre foncier, registre du commerce, registre des sociétés...). Implantés sur le sol national et opérant selon des procédés formalistes, ces organismes produisent une information qui est à la fois codée et de portée géographique circonscrite au territoire<sup>256</sup>. La publicité des situations juridiques est ainsi l'objet de services publics que l'Etat organise dans l'intérêt des particuliers, non pas seulement des titulaires de droits, mais bien de l'ensemble de la collectivité, et cette mission d'administration publique des intérêts privés ne peut, sans attenter à la souveraineté de la Caraïbe ni exposer au risque de perturbations, être soumise au contrôle, ne serait-il que juridictionnel, d'un Etat étranger. Aussi bien, la loi modèle se rallie aux solutions consacrées par le système Bruxelles I (art. 22, al. 1<sup>er</sup>, n°3 et 4) pour les registres publics en général, ce dont l'art. 9, v) prend acte, que pour, *l'inscription et de la validité des brevets* et autres droits soumis à dépôt ou enregistrement visées à l'art. 9, vi)<sup>257</sup>.

**145.** Peut-être de manière moins visible, la main de l'Etat pèse cependant sur les deux catégories d'institutions aptes à agir de façon autonome dans la vie civile et commerciale que sont, d'une part, les *sociétés et personnes morales* (art. 9, ii) et, d'autre part, les *trusts* (art. 9, iii). La loi modèle en retenant pour ces deux catégories des solutions identiques se sépare du système Bruxelles I et de la Lopj lesquels, ne prévoyant pas de compétence exclusive pour le trust et même négligeant son autonomie, soumettent son contentieux interne au dispositif de compétence domiciliaire à moins que ne l'écarte une prorogation volontaire de for. Mais, comme il a été observé plus haut sous l'**art. 5. 1, litt. c)**, un certain nombre de systèmes juridiques de l'espace OHADAC connaissent cette institution et entendent en favoriser

<sup>256</sup> Vid. S. Corneloup, *La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2003.

<sup>257</sup> La CJCE, le 15 novembre 1983, aff. C. 288/82, *Duinjstee*, a précisé que dans l'acception communautaire, la catégorie des "litiges en matière d'inscription et de validité des brevets", sujet à la compétence exclusive, ne comprenait pas les litiges portant sur l'appartenance des droits, sur les contrats dont ceux-ci sont l'objet ni sur la contrefaçon qu'ils subissent. Moins heureusement, la même Cjce (13 juillet 2006, *GAT*, aff. C-4/03) a décidé, sans tenir compte de la configuration particulière de l'action en déclaration de non contrefaçon, qui intervient les positions procédurales des parties, que l'exception de nullité de brevet soulevée incidemment dans l'instance principale portant sur la contrefaçon tombait sous le coup de l'exclusivité; vid. M.E. Ancel, "L'arrêt GAT, une occasion manquée pour la défense de la propriété industrielle en Europe", *Rev. Commun. Comm. Electronique*, mai 2007, ét. n°10, M. Wilderspin, "La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, p. 777.

le développement; il a paru dès lors opportun d'apporter aux procès qui mettent en cause l'existence ou le statut de celle-ci un régime de compétence approprié. Comme, à l'instar de la société ou des autres personnes morales, le trust est une entité artificielle (par opposition aux personnes physiques qui sont naturelles), sa réalité sociale, qui lui permet de gérer les intérêts auxquels il est ordonné de manière indépendante, est le produit de l'ordre juridique sous l'égide duquel il vit; il convenait donc d'ériger également en chef de compétence le domicile tel que le définit l'**art. 5, §1, litt. c)**, car c'est en ce lieu que cette réalité se manifeste et que les décisions la concernant feront sentir leur effet, lequel ne pourra être que celui que prévoit et sanctionne l'Etat protecteur<sup>258</sup>.

**146.** Enfin, l'Etat du lieu de situation de l'immeuble se voit reconnaître une compétence exclusive sur les procès dont l'objet principal est constitué par les droits réels dont ce bien est l'assiette. Ici abordée en dernier lieu, cette solution est la première que consacre l'art. 9 (i) et ce placement vient rappeler que, dans l'histoire, elle est aux origines de la tradition euro-continentale du droit international privé. Si elle s'est conservée et généralisée, c'est qu'elle reste en consonance avec la représentation contemporaine de l'ordre juridique étatique. Le droit réel sur l'immeuble est perçu comme un élément du statut d'un bien inséparable de cette composante essentielle de l'Etat qu'est le territoire. De plus, faisceau de prérogatives permettant de retirer les utilités de la chose, le droit réel participe à la distribution de celles-ci entre les membres du corps social; base de l'échange social, il requiert l'*uniformité locale*, de telle manière que ceux qui l'exercent et que ceux à qui il est opposé soient, sur le ou les mêmes biens, titulaires de libertés et sujets de limitations strictement coordonnées, ajustées les unes aux autres, faute de quoi se répandrait l'anarchie. Cette exigence fait à l'Etat un devoir d'assurer une *police des sols* et de garantir la *sécurité des transactions*, qui ne tolèrent pas d'interférence de législateurs étrangers. L'implication de l'Etat se renforce ici encore de ses missions régaliennes de promotion ou de protection d'un *régime économique et gestion de l'environnement*. Le bon accomplissement de ces diverses tâches commande de reconnaître à l'Etat sur le territoire duquel est implanté l'immeuble le monopole du traitement juridique des droits dont celui-ci est le support, ce qui ne se conçoit pas avec la même portée, à propos des meubles (*vid. infra, art. 58 et s*). Au demeurant, des raisons moins publicistes et qui se retrouvent avec plus ou moins de relief dans les autres cas visés à l'art. 9 militent en faveur de cette compétence exclusive. En cas de litige, l'Etat de la situation est celui sur le territoire duquel il y aura lieu, le cas échéant, de procéder à des mesures d'instruction et il est aussi celui dont la loi sera normalement applicable en cette matière de droits réels; aussi, les tribunaux "à pied d'œuvre" et familiers des règles régissant la cause répondent à la double dimension, géographique et intellectuelle, du "principe de proximité" qui localise

---

<sup>258</sup> Sur la difficulté que soulève la définition pluraliste du domicile des sociétés et personnes morales et du trust, *vid. infra*, sous art. 5

ainsi le procès sur ce territoire et tend à garantir une bonne administration de la justice par l'exacte connaissance des faits et une exacte application du droit. Associé à l'exigence d'économie procédurale qui recommande d'agir devant les tribunaux du lieu où s'exercent les prérogatives, où donc surgit le conflit des intérêts et où se réalisera nécessairement la décision, ce "principe" impose la solution aux parties, abstraction faite de leurs positions procédurales personnelles (ni *actor sequitur forum rei*, ni *forum actoris*), établissant une compétence si rationnellement fondée qu'elle ne leur laisse, en vérité, aucun choix utile. Mais adossée à l'intérêt de l'Etat comme à l'intérêt des particuliers, cette compétence exclusive pourrait développer une *vis attractiva* qui risque d'en élargir abusivement le domaine au delà des seuls droits réels.

**147.** Ce risque n'a pas échappé aux auteurs de la loi modèle qui, à l'exemple des auteurs de la Convention de Bruxelles de 1968 ou de l'art. 22, 1° LOPJ, ont complété l'art. 9, i) en adjoignant au contentieux portant sur les droits réels immobiliers le contentieux des *baux d'immeubles*. Cet ajout est justifié pour autant que ce dernier vérifie aussi intensément que le premier les raisons qui fondent la compétence exclusive. Mais dans le même temps, comme il se limite aux contestations "relatives à l'existence ou à l'interprétation des baux ou à la réparation des dégâts causés par le locataire, à l'évacuation des locaux"<sup>259</sup>, c'est-à-dire relatives en somme à l'occupation et utilisation du bien loué, il faut admettre qu'il n'est pas extensible à d'autres procès qui opposeraient bailleurs et locataires et où prédomine l'aspect obligationnel ou contractuel. Précisément, l'extension ne se réalise que sur les rapports du locataire à la chose louée et ce sont ces rapports qui sont souvent régis par des législations particulières correspondant à des politiques publiques (d'ordre économique ou social) et dont, en raison de leur complexité et de leur impérativité, il est préférable que l'application soit réservée aux juges du pays où elles sont en vigueur.

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

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

<sup>259</sup> *Rapport Jénard*, JOCE, C 59, 5 mars 1979, p. 35

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

- i) Se fundamenta en un acuerdo de elección de foro posterior al nacimiento del litigio; o
- ii) Ambos contratantes tenían su domicilio en Caribe en el momento de celebración del contrato; o
- iii) El demandante sea el consumidor, trabajador, asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro.

2. La competencia así establecida se extenderá a la propia validez del acuerdo de elección de foro, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el apartado siguiente.

3. El acuerdo de elección de foro es aquel por el cual las partes acuerdan someter a los tribunales caribeños o a uno de ellos cualquier litigio que hubiera surgido o que pudiera surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o delictual. Salvo pacto entre contrario entre las partes, el acuerdo de elección de foro establece una competencia exclusiva.

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

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

**148.** L'art. 6, §3 pose la règle de la licéité des accords d'élection de for dans le champ des rapports privés internationaux (*vid. supra*). L'art. 10 met en œuvre cette règle de licéité lorsque le choix effectué par la convention des parties conduit à élargir le domaine d'exercice de la juridiction caribéenne, au moyen d'une prorogation de la compétence générale des tribunaux caribéens<sup>260</sup>. Un art. 12 est par ailleurs spécialement consacré au cas, d'apparence symétrique mais structurellement différent, où le choix des parties tend, par une dérogation de for, à restreindre ce

<sup>260</sup> CONC.: Art. 5 Ley DIPr suiza; art. 4.1° Ley DIPr italiana; art. 19 Código DIPr panameño, art. 22.2° LOPI (Espagne); art. 6 Código DIPr belga; arts. 43 ss Ley DIPr venezolana; art. 4 Ley DIPr tunecina de 27 noviembre 1998; arts. 17 y 18 Proyecto argentino; art. 108 Proyecto boliviano; art. 7 Proyecto colombiano; Proyecto dominicano; art. 155 Proyecto mexicano, art. 155; art. 1066 C. pr. civ. rumano; art. 59 Projet uruguayo; art. 23 Reglamento Bruselas I; Convención de La Haya de 30 junio 2005 sobre los acuerdos de elección de foro.

domaine d'exercice de la juridiction caribéenne au moyen de la désignation des tribunaux d'un État étranger.

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

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

**150.** L'exercice de l'autonomie dans le contentieux international est largement reconnu<sup>261</sup>; la pluralité des ordres juridiques, qui définissent chacun leur offre de justice, met la partie qui s'empresse d'ouvrir les hostilités en position de choisir son juge et ainsi de prendre unilatéralement avantage sur son adversaire tant sur le plan processuel que sur le plan du droit applicable, en portant le différend au tribunal qui lui est le plus commode ou celui dont le droit international privé lui promet la solution la plus favorable. La pluralité est facteur d'insécurité, d'imprévisibilité et fragilise la relation avant même qu'elle ne revête un aspect contentieux. C'est pour parer ce risque que la règle de licéité s'impose. Si le choix est exercé d'un commun accord avant que naisse le litige, les parties sauront par quel juge et selon quel droit celui-ci sera tranché et seront donc en mesure de déterminer avec quelque sécurité les comportements que leur dictera le développement de leur relation; s'il est exercé *post litem natam*, l'accord d'élection prévient l'éventualité ruineuse du développement de procédures parallèles. Cependant ces bienfaits ne sont obtenus que si chacune des parties est parfaitement avertie et consciente de la portée de l'accord. Certaines législations, dans la crainte d'un consentement imprudemment donné, ensèrent cet accord dans des dispositions restrictives. Aussi, par précaution, pour garantir le respect et l'efficacité de l'autonomie privée, la loi modèle institue une protection particulière de la liberté du consentement et par égard pour l'objet de la clause qui est la juridiction caribéenne elle circonscrit la portée de l'élection de for.

**151. I.** – La protection du consentement est assurée de deux manières différentes; en son troisième paragraphe, l'art. 10 prévoit une protection générale, applicable à tous les justiciables et à tous les accords et, en son premier paragraphe, il prévoit une protection spéciale qui concernent les clauses d'élection de for conclues ou à conclure dans des hypothèses où les parties ne sont pas réputées être sur un pied d'égalité.

**152.** Ces hypothèses de protection spéciale correspondent à des situations pour lesquelles l'art. 14 instaure un système de compétence inégale étendant la juridiction des tribunaux caribéens en faveur à l'une des parties parce qu'elle se trouverait généralement face à l'autre dans un rapport d'inégalité de puissance économique et donc de pouvoir de négociation (*inequality of bargaining power*). Cette inégalité est réputée exister de manière structurelle entre le consommateur et son fournisseur professionnel, entre le travailleur salarié et son employeur, entre le preneur d'assurance, l'assuré, la victime ou le bénéficiaire et la compagnie d'assurance; il est évident que l'un des contractants, dans ces cas de figure, dispose habituellement d'un potentiel juridique, matériel, commercial et financier qui lui confère la liberté de traiter à des conditions prometteuses, tandis que l'autre contractant, déclaré *partie faible*, parce qu'étreint par le besoin ou contraint d'aliéner sa force de travail ou bien angoissé par un avenir incertain, ne jouit pas d'une entière liberté

---

<sup>261</sup> N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for*, op. cit.; C. A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté*, op. cit., n. 55 et s.; A. Briggs, *Agreements on jurisdiction*, op. cit.

d'information et de jugement et subit de la sorte une perte d'autonomie. En raison de cela et aussi pour éviter que ne soient compromises les fonctions de consommation, de production et de prévoyance qui conditionnent la participation à l'échange social et à la vie de la cité tels que les gère la société contemporaine, l'**art. 14** ouvre à la partie faible et à elle seulement, à titre compensatoire, des chefs de compétence complémentaires. C'est dans ce cadre que s'exerce l'autonomie privée, qui est alors orientée vers la protection de la partie faible et n'est admise à s'exprimer que si l'intégrité du consentement de celle-ci est avérée.

**153.** Cette protection fonctionnelle limite la licéité de la clause à trois éventualités. La première est celle où l'élection de for est convenue *post litem natam*, après la naissance du litige; on supposera alors que le tour contentieux pris par la relation dénoue à ce moment le rapport de domination entre les parties et que chacune d'elles a désormais toute liberté de défendre ses propres intérêts. La seconde éventualité est celle où les deux contractants ont leur domicile en Caraïbe au moment où ils choisissent les tribunaux caribéens; dans ce cas, d'une part, la prorogation de compétence répond à une exigence de commodité et repose sur un accord de volonté que vient soutenir sur le plan rationnel un lien objectif caractérisé, dissipant tout soupçon d'abus ou d'arbitraire et, d'autre part, la validité de la prorogation neutralise l'éventuel changement abusif de domicile du consommateur. La troisième éventualité est celle d'une élection de for qui ne bénéficie qu'à la partie faible; la clause est valable dans la mesure où elle offre à celle-ci la possibilité de porter sa demande devant un tribunal caribéen que ne désigne aucune règle de compétence caribéenne, mais elle n'est pas valable si elle ménage la même faculté à la partie forte. En somme, l'autonomie des parties n'est admise à jouer sur le terrain de la compétence que selon des modalités qui excluent qu'elle s'exerce au détriment de la partie faible en aggravant le rapport de domination que celle-ci subit et qui risquerait de la porter à accepter la loi du plus fort. Mais encore faut-il, pour assurer la validité et l'efficacité de la prorogation de compétence des tribunaux caribéens, que soient respectées les conditions tendant à la protection générale du consentement à l'élection de for.

**154.** La protection générale applicable à tous les justiciables et à tous les accords désignant les tribunaux caribéens repose sur une technique juridique classique puisqu'il s'agit de conditions de forme destinées à garantir que les parties se sont engagées de manière effective et en pleine connaissance de cause. Ces conditions ne sont pas draconiennes; elles se condensent dans l'exigence d'*un écrit* qui constate et solennise l'accord et en assure la conservation en vue de son éventuelle production en justice. Cet accord peut être consigné dans un instrument propre, un acte séparé, ou bien, le cas échéant, être incorporé au contrat comme une simple stipulation. La définition de l'écrit importe davantage. Même si elle paraît assigner au formalisme un objectif de prédétermination de la preuve de l'accord, cette définition dénote essentiellement la préoccupation de n'admettre que les prorogations de

for réellement consenties par les parties. L'écrit est destiné à attester au premier chef l'existence du consentement des parties, que celui-ci se soit exprimé de manière traditionnelle par l'établissement d'un document signé des intéressés ou qu'il ait usé de moyens de communication à distance les plus classiques ou les plus modernes, pourvu que ceux-ci soient d'abord articulés sur le mode de l'échange permettant de constater la rencontre des volontés et ensuite d'en rapporter la preuve en justice.

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

**156. II.** – Parfois représenté comme une limitation apportée à l'autonomie des parties, ce formalisme en est au contraire le serviteur dans la mesure où il conditionne l'effet prorogatoire de compétence à un accord effectif de volontés libres et éclairées. Il est de plus une précaution justifiée par l'enjeu spécifique que constitue la juridiction caribéenne. En élargissant le domaine de celle-ci, l'accord d'élection de for revêt une dimension publiciste dans la mesure où il se propose de contraindre un juge de l'Etat à connaître d'une cause qui, en principe, ne s'inscrit pas de manière significative dans la vie sociale de Caraïbe. La prorogation influe ainsi sur le fonctionnement d'un service public relevant de la souveraineté de cet État; celle-ci ne peut accepter cette charge sans réserve et prendre le risque d'affaiblir le crédit de la justice qu'elle rend par une trop grande complaisance qui priverait ses décisions de crédit et d'efficacité au regard des autres Etats. Il importe donc qu'elle limite sa disponibilité à ce qui est utile aux parties. Cette considération a, par exemple, déterminé le législateur belge à donner au juge belge désigné par élection de for le pouvoir de «décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique<sup>262</sup>». L'art. 10 de la loi modèle ne comporte pas une telle disposition qui ramène l'exercice de la juridiction dans les limites de sa fonction. Mais il faut tenir compte de l'**art. 18** qui admet la recevabilité de l'exception de *forum non conveniens*, dont rien

<sup>262</sup> Código DIPr belga, art. 6§2; v. aussi C. proc. civ. roumain, art. 1066 §3. La LDIP suisse, art. 5. 3 implique un tel pouvoir du juge de décliner sa compétence lorsqu'il en refuse l'exercice si une des parties est intégrée à l'ordre juridique suisse ou si la loi applicable est la loi suisse

n'indique qu'elle ne pourrait pas être opposée à un accord dans les cas qu'elle circonscrit, où la configuration de l'affaire rendrait impossible ou excessivement difficile ou onéreuse l'instruction de l'affaire.

**157.** Dans le même esprit, la liberté des parties se trouve bridée et par là-même protégée contre elle-même par une limitation très relative, qui d'ailleurs rejoint une exigence du droit des contrats dans la tradition romano-germanique. Il faut en effet selon le paragraphe 3 de l'art. 10 que l'élection de for vise tout au plus le contentieux actuel ou futur rattachable à « un rapport de droit déterminé ». Le spécialiste du droit des contrats reconnaît ici la condition de « l'objet certain qui forme la matière de l'engagement<sup>263</sup> ». Mais cette condition se comprend aussi comme répondant au caractère dérogatoire, exceptionnel, de la clause, complément fonctionnel du système de compétence internationale caribéen et, à ce titre, subordonné au règlement général de l'administration du service public de la justice. Les parties, à qui il est certes loisible de restreindre la prorogation aux seuls litiges nés d'une phase quelconque du développement d'une relation déterminée, ne peuvent pas à l'inverse conclure un accord visant tous les différends susceptibles de naître entre elles à l'occasion de tout rapport de droit présent, passé ou futur qui les lierait l'une à l'autre; elles ne peuvent pas, par convention privée, se placer de manière générale sous la juridiction de la Caraïbe et forcer, ne serait-ce que dans leurs relations mutuelles, la compétence de l'autorité judiciaire caribéenne sans même apprécier des liens que les litiges qui en naissent présentent ou non avec la vie sociale caribéenne. Une clause de juridiction illimitée exposerait au danger de la non-proximité du juge élu et consommerait un détournement d'institution demandant à la prorogation de for d'accomplir un véritable changement d'allégeance.

**158.** La nature particulière de l'objet de l'élection de for justifierait aussi que celle-ci, lorsqu'elle est formellement incorporée aux stipulations d'un contrat, en soit juridiquement séparable. C'est ce que prévoit l'art. 10 en son second paragraphe lorsqu'il énonce que « la compétence ainsi établie s'étend à la validité même de l'accord ». Il s'agit en effet de l'autonomie de la clause. Cette autonomie confère au juge élu le pouvoir de prononcer sur sa propre compétence même dans le cas où le défendeur lui oppose la nullité du contrat qui renferme l'élection de for; la validité ou la nullité du contrat sont distinctes de la validité et nullité de la clause, relevant respectivement de conditions propres, de sorte que la nullité du contrat n'implique pas nécessairement la nullité de la clause<sup>264</sup> de même que la nullité de la clause n'emporte pas nécessairement la nullité du contrat.

---

<sup>263</sup> Art. 1108, c. civ. fr.

<sup>264</sup> CJCE, 3 juillet 1997, *Benincasa*, JDI 1998. 581, note Bischoff; Cass. Civ. 1re, 8 juillet 2010, *Bluebell Trading Company*, D. 2010. Pan. 2333, obs. L. D'Avout, *JCP* 2010. 2246, obs. T. Clay. Mais ceci n'exclut évidemment pas que la même cause de nullité se retrouve dans les deux régimes distincts.

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

**160.** A la fin de l'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 3, il est énoncé que « sauf convention contraire des parties, l'accord d'élection de for établit une compétence exclusive ». Construite sur le modèle de l'art. 23 du Règlement Bruxelles I, cette disposition donne aux parties la faculté de rendre tout éventuelle la saisine d'un tribunal caribéen, car elle leur conserve la liberté de s'adresser aux juges étrangers qui se reconnaissent compétents. Cette faculté se rattache à l'autonomie des parties. Mais il faut constater qu'en elle-même elle ne s'ajuste pas exactement au fondement de la licéité de l'accord d'élection de for. En enrichissant l'éventail des compétences possibles entre les parties, la faculté accentue l'imprévisibilité et encourage la course vers le tribunal. Néanmoins les juridictions de *common law*, spécialement d'obédience anglaise, présument volontiers l'absence de caractère exclusif de la compétence convenue et il faut croire que ce n'est pas seulement pour légitimer le bon accueil qu'elles réservent volontiers à des causes que l'élection de for prétend diriger vers un autre juge. La pratique, soutenue par l'autorité et la sagesse du juge anglais, a persuadé que les méfaits de l'absence d'exclusivité ne devaient pas être exagérés et qu'il était possible dans une certaine mesure de laisser sur ce point l'autonomie des parties s'exprimer. L'absence d'exclusivité est donc admise, mais elle devra être négociée et convenue entre les parties et être consignée en la forme écrite de l'accord d'élection de for. Quoiqu'il tolère ce tempérament, le principe demeure celui de l'exclusivité de la compétence choisie, qui commande au plaideur de ne s'adresser qu'aux tribunaux caribéens et condamne les procédures engagées

et les décisions obtenues auprès d'un juge étranger au mépris de la prorogation de for.

**Art. 11.** *Foro general del domicilio del demandado y competencia especiales* 1. En materias distintas a las contempladas en el art. 8, y si no mediara sumisión válida a los tribunales caribeños de conformidad con el art. 9, los tribunales caribeños resultarán asimismo competentes cuando el demandado tenga su domicilio en Caribe o se repunte domiciliado en ella, de acuerdo a cualquiera de los foros establecidos en los arts. 13 y 14.

2. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los tribunales caribeños cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en Caribe, siempre que la demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que aconsejen su acumulación.

**161.** *Actor sequitur forum rei.* Empruntée au Code de Justinien<sup>265</sup>, cette règle prescrit au demandeur de porter le litige devant le tribunal du défendeur. Cette règle est reprise pour le compte des juridictions caribéennes par l'art. 11 de la loi modèle en son premier paragraphe, avec cette précision que le *forum rei* est l'ordre juridictionnel dans le ressort duquel est situé le domicile du défendeur : lorsque celui-ci a son domicile en Caraïbe ou est réputé y être domicilié, les tribunaux caribéens sont compétents<sup>266</sup>. Il est clair que le domicile ici visé est celui que définit l'art. 5 (*vid. supra*).

**162.** Cette référence au domicile signale un certain infléchissement du fondement de la solution. A Rome, le droit de cité le disputait au domicile<sup>267</sup> et si celui-ci l'emporta au Moyen Âge et pendant l'Ancien Régime, c'est parce qu'il s'était substitué à celui-là pour refléter la sujétion de l'individu au juge. Le lien était de nature politique, un lien d'allégeance aux autorités qui disposaient à l'endroit du sujet du pouvoir d'ordonner et de punir, sans doute pour son bien et pour son salut. Le Code Napoléon entérina l'éviction du domicile par la nationalité en tant que lien politique (*vid. art. 15 c. civ. fr.*) et, exaltant celle-ci, admit même la compétence des tribunaux français de la nationalité du demandeur (art. 14 c. civ. fr.). C'est ainsi qu'en un temps où l'Etat était moins soucieux du bien être individuel de ses sujets, il prétendait se les assujettir le plus étroitement, y compris sur le plan juridictionnel. Le droit contemporain s'est éloigné de cette représentation sans tout à fait la rejeter;

<sup>265</sup> C. 3, 19, 3, *ubi rem in actio*; C. 3, 13, 2, *de jurisd. omni. jud.*

<sup>266</sup> CONC.: Art. 3 Loi italienne n°218; art. 40 Loi vénézuélienne; art. 3 Loi tunisienne du 27 nov. 1998; art. 5 Código DIPr belga; art. 1065 Código de procedimiento civil rumano; art. 7 Projet colombien; art. 10 Projet dominicain; art. 56 Proyecto uruguayo; art. 2 Règlement Bruxelles I.

<sup>267</sup> Le droit romain fondait le *forum rei* sur le *domicilium* mais aussi sur l'*origo*, sans clairement indiquer comment se distribuait les procès entre ces deux rattachements, *vid. C.F.v. Savigny, Traité de droit romain*, §355

le domicile, même réduit à la simple résidence habituelle (*vid. supra*, **art. 5**), conserve une signification politique puisqu'il atteste l'intégration de la personne à un milieu social déterminé et politiquement organisé, à la vie duquel celle-ci participe, jouissant des services publics et sociaux et contribuant à leur fonctionnement; il peut alors paraître naturel, "légitime et nécessaire dans une société démocratique" de reconnaître à cette personne le droit à la protection de l'institution judiciaire de son lieu de vie.

**163.** Mais aujourd'hui cette considération, dans sa composante publiciste ainsi édulcorée, n'est sans doute plus dominante; elle est en retrait par rapport à une exigence d'équité procédurale qui, depuis longtemps, la concurrençait et a fini par l'emporter. Le « juge naturel » n'est plus celui de l'allégeance politique, mais celui que désigne le "droit naturel" au moyen d'un principe essentiel de justice des intérêts privés : *ubi emolumentum, ibi onus*<sup>268</sup>. Parce qu'il estime l'état de choses insatisfaisant, le demandeur prend l'initiative de déclencher le fonctionnement de l'appareil judiciaire-coercitif de l'Etat, tandis que le défendeur pour qui au contraire l'état de choses est satisfaisant, n'entreprend rien qui puisse le modifier : il est juste que celui qui prétend tirer profit de sa démarche en assume la charge; dès lors, si une frontière sépare les parties, c'est au demandeur de la franchir et de porter ses prétentions devant le juge du défendeur, c'est au demandeur qu'incombe la *charge de l'internationalité juridictionnelle*<sup>269</sup>.

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

<sup>268</sup> Inst. I, 17, de *legitima patronorum tutela*

<sup>269</sup> M. Virgos Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal internacional. Litigación internacional*, Civitas, 2000, n.87

tionale. C'est ce que vient consacrer le dernier membre de la phrase composant le premier paragraphe de l'**art. 9**.

**165.** Le poids de la considération de l'intérêt des particuliers se ressent sur deux autres points. D'un côté, il soustrait à ce qui serait l'effet négatif du *forum rei* toutes les causes qui sont l'objet d'une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux caribéens : quoique le défendeur ne soit pas domicilié en Caraïbe, le demandeur bénéficie de la juridiction caribéenne parce qu'il en est valablement convenu avec le défendeur (**art. 10**). Les parties sont réputées être les mieux qualifiées pour apprécier leurs propres intérêts. D'un autre côté, en sens inverse, ce poids de l'intérêt privé est insuffisant pour attirer dans le champ du *forum rei* les cas qui, du point de vue caribéen, sont l'objet de compétences exclusives dont les chefs se concrétisent hors de la Caraïbe (**art. 9**); dans la mesure où ces compétences répondent à des exigences d'intérêt collectif ou public, elles l'emportent sur l'*utilitas privatorum*.

**166.** En adoptant ce mode d'organisation de la compétence internationale, la loi modèle rallie la tradition romano-canonique ou de *civil law*. Les cours de *common law* cultivent en principe une conception très différente, traditionnellement territorialiste, préférant au *forum rei* le rattachement par le *service* dans le ressort, c'est-à-dire par le lieu de la remise au défendeur de la citation à comparaître. Bien que cette solution ait été considérablement tempérée, elle reste l'axe du système de compétence de ces cours. Mais, l'arrimage au Vieux Continent opéré par l'adhésion du Royaume Uni à l'Union européenne a entraîné cette conséquence que les cours anglaises appliquent désormais de plus en plus souvent le Règlement Bruxelles I; dans cet exercice, elles ont démontré qu'elles n'étaient pas moins bien armées que les tribunaux des autres Etats membres devant les difficultés que rencontre l'application de cet instrument qui est la réalisation la plus moderne de la tradition romano-canonique.

**167.** En son second paragraphe, l'art. 11 établit une compétence dérivée des tribunaux caribéens pour le cas où l'action du demandeur serait dirigée contre plusieurs co-défendeurs. Dans cette hypothèse, l'exigence d'économie procédurale – qui entend prévenir dans l'intérêt des parties la multiplication des procédures et l'augmentation des coûts et délais – recommande la réunion des demandes en une seule instance. Souhaitable, cette concentration du contentieux n'est cependant admise que sous conditions : il faut que l'un des défendeurs soit domicilié sur le territoire caribéen et il faut aussi que les demandes soient unies par un lien si étroit qu'il y a lieu de les instruire et juger ensemble.

**168.** La *vis attractiva* produisant la compétence dérivée est reconnue au seul chef de compétence domiciliaire établi au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'art. 11. Il s'ensuit par exemple que, plusieurs débiteurs étant tenus de la même dette, il ne suffit pas que l'un seul d'entre eux soit domicilié en Caraïbe pour que les tribunaux caribéens soit

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

**169.** La seconde condition requise est qu'il existe "entre les différentes demandes formées par un même demandeur à l'encontre de différents défendeurs, un lien de connexité tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément"; ainsi formulée par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>270</sup>, cette exigence a été reprise presque dans les mêmes termes par le Règlement Bruxelles I. Elle indique clairement que l'économie procédurale n'est pas un impératif si puissant qu'il autorise en tout cas à négliger l'équité procédurale au détriment des co-défendeurs non domiciliés. Pareil sacrifice n'est envisageable que si le bénéfice qu'il promet est tangible; c'est pourquoi, dans le droit de l'Union, le lien de connexité entre les demandes est exigé et le péril qu'il y aurait à le méconnaître est représenté. La loi modèle se montre moins stricte, la connexité n'est pas mentionnée ni l'inconciliabilité de décisions. Il s'agit là de notions difficiles à définir comme le montre la jurisprudence de la Cour de justice<sup>271</sup> et il a paru plus prudent à la loi modèle de se limiter à un énoncé qui dénote bien le rapport coût-avantage mais, ne préjugant pas des éléments permettant d'établir celui-ci, laisse à chaque Etat le soin de les préciser.

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

**170.** L'art. 12 souligne le double caractère unilatéral et formellement particulière de la législation de droit international privé que la loi modèle apportera à

<sup>270</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis* (aff. 189/87)

<sup>271</sup> CJCE, 27 octobre 1998, *La Réunion européenne* (C-51/97), 13 juillet 2006, *Roche Nederland BV* (C-539/03), et *Reicsh Montage AG* (C-103/05) et 11 octobre 2007, *Freeport Plc* (C-98/06)

chaque Etat qui l'adoptera<sup>272</sup>. Lorsque les règles de compétence internationale sont de source multilatérale – ou commune à plusieurs ordres juridiques – il n'est nullement nécessaire, dans les rapports entre les Etats qu'elles lient, de dissocier le traitement des accords d'élection de for et de consacrer des dispositions différentes à la prorogation et à la dérogation de compétence. Soumis dans l'un et l'autre for qu'elle affecte à un régime commun, l'élection accède pareillement à la validité au regard de l'un et au regard de l'autre et ajuste son effet dérogoire sur son effet prorogatoire.

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

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

**172.** Il faut simplement relever cette différence qui cantonne l'effet dérogoire de l'autonomie des parties aux seules compétences caribéennes fondées sur l'**art. 11**, c'est-à-dire sur le domicile du défendeur. Du point de vue caribéen, cette restriction abrite de l'autonomie des parties les compétences exclusives de l'**art. 9** et les compétences spéciales de l'**art. 13** en matière de droit des personnes et de la

---

<sup>272</sup> CONC.: Art. 5 Ley DIPr suiza; art. 4 Loi n° 218 (Italie); art. 7 Código DIPr belga; art. 47 Loi vénézuélienne; art. 17 Projet argentin; art. 17 Proyecto panameño.

famille qui sont impératives, mais aussi les compétences spéciales en matière patrimoniale de l'**art. 14**; il s'ensuit, par exemple, que les contractants qui seraient convenus d'une clause leur permettant de s'adresser à un ou aux tribunaux d'un Etat étranger alors que l'**art. 14** leur ouvre l'accès à la juridiction de Caraïbe, conservent la faculté de saisir les tribunaux caribéens. Cette dissymétrie par rapport à l'**art. 10** est contestable dans la mesure où elle confère au contractant le plus rapide à soulever le contentieux, la faculté de se dédire de son engagement; sans doute, la loi modèle a-t-elle ici considéré qu'il n'était pas possible de priver un justiciable des bienfaits de la juridiction caribéenne et que cette indérogeabilité devait être prise en compte par les deux parties lors de la conclusion de l'accord. Si cet accord est jugé valable et efficace par le for élu, il pourra être respecté par les parties et la décision qui sera prononcée par le juge étranger sur cette base pourra même être reconnue en Caraïbe en ce qu'elle n'implique pas de contravention à l'**art. 74, iii**. Il reste cependant que la perspective d'une telle issue ne compense qu'imparfaitement la perte que subit la clause dans son utilité, qui est d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique.

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

**Art. 13. Derecho de la persona y de la familia.** Sin perjuicio de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales caribeños serán competentes:

i) en materia de declaración de desaparición o fallecimiento, cuando la persona sometida a tal medida hubiere tenido su última residencia habitual en territorio caribeño; los tribunales caribeños conocerán también de la declaración de desaparición o fallecimiento cuando se trate de una cuestión incidental a la causa principal de la que estén conociendo;

ii) en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapaces, cuando el menor o incapaz tenga su domicilio/residencia habitual en Caribe;

iii) en materia de medidas de protección de la persona o bienes de los mayores, cuando el mayor tenga su domicilio/residencia habitual en el Caribe –si se quiere una norma especial sobre mayores;

iv) en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda, o hayan tenido su última residencia habitual común en Caribe y el demandante continúe residiendo en Caribe al tiempo de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad común caribeña;

v) en materia de filiación cuando el hijo tenga su residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda, o el demandante sea caribeño y resida habitualmente en Caribe desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda;

vi) en materia de constitución de la adopción, el adoptando resida habitualmente en Caribe o cuando adoptante y adoptando posean la común nacionalidad caribeña;

vii) en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio caribeño y cuando la acción alimenticia se plantee dentro de un procedimiento relativo al estado civil para el que los tribunales caribeños posean competencia.

**174.** El presente precepto recoge los foros especiales por razón de la materia en lo referente al Derecho de la persona y de la familia<sup>273</sup>. La denominación “foros especiales” resulta particularmente gráfica y expresiva de la naturaleza de estos foros. El demandante, siempre que no se trate de una materia sujeta a una competencia exclusiva o medie sumisión de ambas partes, mantiene en todo caso una doble opción: plantear su demanda ante los tribunales correspondientes al domicilio del demandado o, como alternativa, hacerlo ante los tribunales que designan las normas de competencia judicial especiales por razón de la materia, que le brindan,

<sup>273</sup> CONC.: Art. 22.3º LOPJ (España); art. 12 Proyecto DIPr dominicano; Reglamento Bruselas II bis.

en consecuencia, una nueva posibilidad de instar sus pretensiones. Estos foros se fundan en un principio de proximidad, procediendo a designar aquellos tribunales que, por razón de la naturaleza de la cuestión litigiosa, pueden presentar una vinculación más estrecha con el litigio. En otros casos, sin embargo, la neutralidad del principio de proximidad cede en favor del establecimiento de foros de protección, por la existencia en la relación litigiosa de una parte débil: consumidor, asegurado, trabajador, etcétera.

En caso que los tribunales caribeños carezcan de competencia en virtud de los foros generales (**arts. 10 y 11**), o si no se trata de una materia sujeta a la competencia exclusiva de los tribunales caribeños (**art. 9**), la competencia de los tribunales caribeños puede venir afirmada, por razón de la materia concreta, en virtud de los foros especiales que se contienen en este precepto. Cada uno de estos foros regula una materia particular o una institución o relación jurídica concreta dentro de una misma materia, por lo cual resulta imposible que dos foros sean llamados a determinar la competencia judicial internacional en una misma materia.

Los foros especiales, por su naturaleza y función, deben ser interpretados de forma restrictiva, tanto si se trata de foros de protección como si se configuran como foros neutros. Se trata de una excepción al foro del domicilio del demandado y, como tal, debe interpretarse restrictivamente para garantizar el alto grado de previsibilidad de las reglas de competencia judicial internacional. Sin embargo, no tienen cabida las interpretaciones restrictivas que tiendan a confundir el foro especial con el foro general del domicilio del demandado. El foro especial proporciona, precisamente, un foro alternativo al foro del domicilio del demandado. Precisamente por ello, en la mayoría de los casos, el foro especial puede coincidir con el foro del domicilio del demandante, sin que por ello se convierta en un foro exorbitante<sup>274</sup>, ya que se construye sobre indicios de proximidad razonables y específicos: lugar de ejecución de la obligación, lugar donde se produce el daño, lugar donde se sitúa el establecimiento secundario o agencia, etcétera.

**175.** Al igual que acontece con el **art. 14** (*vid. infra*) del Proyecto, el tenor literal del presente precepto parece dar pie a afirmar que existiría un método jerarquizado de foros de competencia. De esta suerte, los foros exclusivos tendrían un carácter prioritario, bastando que se diera la conexión prevista en el mismo para que operase la competencia de nuestros Tribunales. En su defecto se acudiría a los foros generales y, sólo si éstos no fueran operativos, trataría de determinarse la competencia de los Tribunales caribeños con base en los foros especiales por razón de la materia, aplicables “sin perjuicio de los criterios señalados en los artículos precedentes”. La explicación de semejante estructura del Proyecto con base en el criterio de jerarquía no es, sin embargo, del todo afortunada, y existen muchos argumentos capaces de ponerla en tela de juicio. En primer lugar, el propio recurso a un método jerárquico se muestra inapropiado e inconsecuente con la propia naturaleza de las normas de

<sup>274</sup> P. Buisson, *La notion de for exorbitant (étude de droit international privé)*, Thèse Paris II, 1996.

competencia; dicho método funciona perfectamente en las normas de Derecho aplicable, concretamente en las normas de conflicto donde, es posible y a menudo útil articular un sistema de conexiones jerarquizadas a partir de un criterio racional o de una orientación material. Dicho método funciona porque la consecuencia de la norma de conflicto es tan concreta como la designación de una ley aplicable, que no va a ser la misma si se actúa la primera, la segunda, la tercera o la cuarta conexión en el orden de prelación establecido. De igual modo, la estructura jerárquica funciona en tratados internacionales o normas uniformes que vinculan a varios Estados, como pueda ser el Reglamento Bruselas I, dado que los distintos foros que incluyen se insertan en norma de competencia de carácter bilateral o multilateral. Sin embargo, el método jerárquico carece de lógica en las normas de competencia de un sistema de DIPr de base estatal que son necesariamente unilaterales, dado que el resultado de cualquier foro de competencia de los **arts. 9 ss** del Proyecto es siempre el mismo: la atribución de competencia a los Tribunales caribeños.

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

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

La letra i) del presente precepto prevé la competencia de los Tribunales caribeños, en materia de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido

hubiere tenido su último domicilio en territorio caribeño. Dicho foro se justifica en la estrecha conexión que implica el domicilio, tanto respecto de la persona como de sus bienes, garantizando la proximidad del supuesto, así como la efectividad de la decisión y de las medidas de protección adoptadas. Desde un punto de vista procesal, resulta igualmente adecuado, pues permite una vinculación especial con las circunstancias de la desaparición, si bien esta conexión no se da cuando la persona desaparece, a ciencia cierta, en otro país. La regla de competencia ha sido objeto de críticas por su carácter restringido, pareciendo preferible el recurso al foro de la residencia habitual, de suyo más amplio, o incluso la apertura en ciertos casos al foro de la nacionalidad. Pero, sobre todo, perjudica los intereses de los terceros (familiares, presuntos herederos...) que son también objeto de consideración legal en el Derecho material, pudiendo redundar en auténticos supuestos de denegación de justicia. En particular, no debe descartarse la posibilidad de justificar la competencia de los Tribunales caribeños, sobre un foro de necesidad, en los muchos casos de conflictos negativos de competencia, sobre todo cuando en el Estado del último domicilio del ausente se recurre al foro igualmente rígidamente de la nacionalidad del ausente<sup>275</sup>.

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

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

La incapacitación es un requisito previo a la adopción de ciertas medidas de protección del incapaz, independientemente del hecho de que ambas puedan ser acordadas en un mismo procedimiento judicial. Ciertamente, la incapacitación pronunciada por una decisión extranjera será susceptible de producir efectos en Caribe en

---

<sup>275</sup> P. A. de Miguel Asensio, "La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLVII, 1995-2, pp. 41-70.

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

Si bien la incapacitación es una condición previa para la adopción de medidas de protección definitivas del incapaz mayor de edad, pues se exceptúan las medidas provisionales o urgentes que se hayan podido adoptar, habitualmente pueden adoptarse en el mismo procedimiento medidas de protección específicas, como el internamiento, o bien, inmediatamente después de la incapacitación, procede adoptar medidas como la tutela o la curatela. En algunos casos, como en la curatela del pródigo, la adopción de una medida de protección no exige la previa incapacitación, si bien la curatela está asimismo indicada para incapacitados con un mayor grado de discernimiento. Resulta apropiado, en consecuencia, que el Proyecto haya adoptado idénticos foros de competencia en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona incapacitada o de sus bienes, atribuyendo dicha competencia a los Tribunales caribeños cuando el incapaz resida habitualmente en Caribe.

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

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

Las reglas de competencia judicial internacional referidas, en particular las relativas a los procedimientos de separación y divorcio, plantean el problema de su ámbito de aplicación, más concretamente de la extensión de dicha competencia por accesoriamente a determinadas cuestiones habitualmente resueltas en dichos procedimientos: guarda de los hijos, alimentos, filiación. Tal posibilidad será analizada en cada uno de los sectores afectados. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que los tribunales caribeños utilizarán sus reglas de competencia judicial internacional con normalidad para revisar las medidas adoptadas en un procedimiento de separación o divorcio sustanciado en el extranjero. En estos casos, cabe inclinarse hacia un reconocimiento “automático” o “probatorio” de la sentencia extranjera dictada en un procedimiento matrimonial, sin requerir su ejecución como condición previa para determinar su competencia revisora. Por otra parte, la incidencia en este tipo de procedimientos de las medidas conservatorias obliga a recordar la competencia de los tribunales caribeños de conformidad con lo previsto el **art. 16** del Proyecto

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

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

**180.** Por último, la letra vii) se refiere a los alimentos. El problema inicial con que se enfrenta la regulación de las obligaciones alimenticias en el ámbito internacional es el de la propia autonomía de la deuda alimenticia. Si se exceptúan los supuestos de alimentos entre parientes, incluidos los cónyuges convivientes o separados de hecho, susceptibles de conformar una categoría autónoma, las obligaciones alimenticias pueden derivar y conectarse directamente con instituciones jurídicas específicas, dotadas de su propio régimen legal: responsabilidad extracontractual, nulidad del matrimonio, separación, divorcio, tutela, contrato, legado sucesorio, etc. En estos casos, el principio de base apunta a una aplicación de las normas de DIPr referidas a las instituciones de las que trae causa la obligación alimenticia, de forma que deberán aplicarse los foros de competencia y las normas de conflicto referidas a los contratos, la responsabilidad extracontractual, las sucesiones, etc.

La determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales caribeños en materia de alimentos está mediatizada, como acabamos de ver, por la naturaleza de la deuda alimenticia. La diversidad de títulos que puede justificar una deuda alimenticia abre la posibilidad de recurrir a las normas de competencia judicial internacional propias de ciertos sectores (contratos, responsabilidad extracontractual, sucesiones...) de los que la deuda alimenticia trae causa directa. Se trata, ahora, de determinar los criterios de competencia judicial internacional que operan respecto de aquellas reclamaciones de prestaciones basadas en un fundamento alimenticio, concretamente las reclamaciones de alimentos fundadas en una relación de parentesco o conyugal. El Proyecto establece al efecto dos foros de competencia de carácter subsidiario, en primer lugar, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio caribeño y, en segundo lugar, cuando la acción alimenticia se plantee dentro de un procedimiento relativo al estado civil para el que los tribunales caribeños posean competencia.

**Art. 14. Derecho patrimonial.** 1. En defecto de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales caribeños serán competentes en las siguientes materias:

- i) obligaciones contractuales, cuando estas han nacido o deban cumplirse en Caribe;
- ii) obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido o pudiere producirse en territorio caribeño o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en Caribe; también serán competentes los tribunales caribeños que resulten competentes en materia penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil por daños derivados del ilícito penal;
- iii) litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento comercial, cuando éstos se encuentren en territorio caribeño;
- iv) contratos celebrados por consumidores, cuando el consumidor tenga su domicilio en Caribe y la otra parte ejerciere actividades profesionales en Caribe, o por

cualquier medio hubiere dirigido su actividad comercial hacia Caribe y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. En otro caso, se aplicará la regla contenida en el apartado i);

v) seguros, cuando el asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en Caribe; también podrá ser demandado el asegurador ante los tribunales caribeños si el hecho dañoso se produce en territorio caribeño y se trata de un contrato de seguro de responsabilidad civil o referido a bienes inmuebles o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Juzgados o tribunales caribeños fueran competentes para conocer de la acción de la víctima contra el asegurado en virtud del apartado ii).

vi) acciones relativas a bienes muebles, si estos se encuentran en territorio caribeño al tiempo de la demanda;

vii) sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio caribeño o posea bienes inmuebles en Caribe.

2. En los contratos de trabajo, los empleadores podrán ser demandados ante los tribunales caribeños si el trabajo se desempeñare habitualmente en Caribe; o, en caso de que el trabajo no se desempeñase habitualmente en un único Estado, si el establecimiento que hubiese empleado al trabajador estuviere situado en Caribe.

**181.** La concisa enumeración de los foros especiales por razón de la materia que contiene este precepto en materia patrimonial, que es continuación de la incluida en el **art. 13** en materia no patrimonial, y con la salvedad de la competencia de los tribunales caribeños para adoptar medidas conservativas o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se encuentren en territorio caribeño y deban cumplirse en Caribe (**art. 16**), agota el volumen de competencia judicial internacional de los Tribunales caribeños<sup>276</sup>. El alcance de estos foros especiales explica que la estructura interna de competencia judicial internacional del Presente Proyecto se inspira claramente en un principio de proximidad razonable. Los foros aludidos reflejan una competencia adecuada, aceptable y justificada de los tribunales caribeños, que sólo resulta modulada en aquellos foros que, por tratarse de foros de protección, exigen una respuesta específica, a menudo más restrictiva.

**182.** La letra i) relativa a las obligaciones contractuales contiene dos foros especiales que justifican la competencia de los Tribunales caribeños en materia de obligaciones contractuales: el *forum executionis* y el *forum celebrationis*. El carácter unilateral de las normas de competencia judicial internacional del Proyecto aconseja una interpretación extensiva del sentido de los foros previstos en la letra i), que evite situaciones claudicantes de indefensión o *non liquet*, poco compatibles con el principio de tutela judicial efectiva. Por esta razón, procede entender celebrado el contrato entre ausentes no sólo cuando la oferta tiene lugar en Caribe, sino también

<sup>276</sup> CONC.: Art. 22.3º LOPJ (España); art. 13 Proyecto dominicano; Reglamento Bruselas I bis.

cuando haya tenido lugar en territorio caribeño algunos de los elementos esenciales de la formación del contrato (también la aceptación). El apartado que se comenta, se refiere, en primer término, al lugar de cumplimiento de la obligación en Caribe; aparentemente, la interpretación de este criterio podría ser similar a la del foro previsto en el art. 5.1º del Reglamento Bruselas I<sup>277</sup>, en el sentido de entenderlo referido a la obligación que sirve de base a la demanda; sin embargo, el sentido de aquel Reglamento no puede mediatizar la interpretación de una norma producto del legislador estatal, máxime si se tiene en cuenta que la adición del foro de celebración del contrato es buena prueba de una diferencia de criterio notable. Del mismo modo, en segundo lugar, aunque literalmente el precepto parezca referirse a Caribe como lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda, una interpretación más amplia haría posible la presentación de la demanda cuando Caribe fuere el lugar de ejecución de la obligación característica del contrato, aunque la demanda se refiera a la obligación de pago.

**183.** Al margen de las soluciones que contienen los convenios internacionales, la letra ii) contempla al respecto dos foros especiales, alternativos a los foros generales de los **arts 10 y 11**: el primero no es otro que el *forum delicti commissi*, cuyos problemas interpretativos aún no se han suscitado ante los órganos jurisdiccionales caribeños. El segundo es la residencia habitual común en Caribe del autor del daño y de la víctima, que tiende a ser devorado por el foro del domicilio del demandado. Estos foros se aplican de manera general para todos los casos de responsabilidad civil extracontractual, desde los derivados de los accidentes de circulación por carretera hasta los que son consecuencia directa de un daño ambiental. La gran mayoría de los casos de responsabilidad extracontractual no presentan dificultades al momento de determinar el lugar donde se ha producido o pudiere producirse el hecho dañoso, pues aun cuando la relación extracontractual internacional se caracteriza por tener los elementos del ilícito potencialmente ubicados en distintos Estados, la determinación del lugar del hecho dañoso representa, por regla general, una realidad constatable y acreditable; es decir, es un dato fáctico y reconocible que señala casi inmediatamente el lugar donde se encuentran ubicados los intereses, los bienes y las personas afectadas. Desde esta perspectiva, la identificación del tribunal con competencia judicial civil internacional no debiera significar ningún problema. Sin embargo, existen casos en los cuales el lugar del daño está plurilocalizado; esto es, el lugar del hecho generador y el lugar donde se manifiestan las consecuencias se encuentran disociadas espacialmente en más de un Estado<sup>278</sup>. El mismo hecho generador puede haber producido distintos hechos dañosos que se extienden a diversos Estados, en los cuales se han manifestado sus consecuencias, por eso la competencia recae no sólo en el tribunal del lugar donde se haya producido el hecho

<sup>277</sup> Art. 7.1º letra a) Reglamento (UE) nº 1215/2012 de 12 diciembre 2012 (Reglamento Bruselas I bis)

<sup>278</sup> M. Requejo Isidro, "Incertidumbre sobre la materia delictual en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: método de delimitación y determinación del tribunal competente", *La Ley (Unión Europea)*, nº 5709, 21-1-2003, pp. 6-9.

dañoso, sino también donde “pudiera producirse”; con ello se despejan las dudas existentes acerca de la aplicación de dicho precepto en los supuestos de acciones preventivas cuyo objeto es la adopción de medidas cautelares, de cesación o paliativas para evitar o minorar el daño en supuestos de riesgo.

Se añade un foro específico en materia responsabilidad civil por daños derivados del ilícito penal disponiendo que también serán competentes los tribunales caribeños que resulten competentes en materia penal para pronunciarse esta cuestión”.

**184.** Al margen del foro de competencia exclusiva en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de una sociedad que tenga su domicilio en territorio caribeño, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos cuando éstos afecten a su existencia *erga omnes* y a sus normas de funcionamiento, que se incluye en el **art. 9**, también resulta habitual establecer que será competente el tribunal del domicilio del demandado a partir del foro general del **art. 10**. Bien entendido que la determinación del domicilio de la sociedad se enfrenta a las dificultades inherentes a la diversidad de modelos existentes en el DIPr de sociedades.

Sentado que una sociedad puede ser demandada en el lugar en el que se encuentra su domicilio, este domicilio, a su vez, se entenderá situado tanto en el lugar donde se encuentra el domicilio estatutario, donde se ubica su administración central, o en el lugar donde radica su centro de actividad principal. Sin embargo, las sociedades pueden establecerse en países diferentes al de su constitución por medio de sucursales. A partir de aquí, en los casos en los que una sociedad opere a través de sucursales situadas en países en los que no se encuentra ni su domicilio estatutario ni su administración central ni su centro principal de actividad resultará que no podría ser demandada sobre la base del foro general del domicilio del demandado allá donde se encuentre la sucursal. Este resultado no es adecuado, pues quien contrata con la sociedad puede tener la lógica expectativa de poder recurrir al foro del lugar en el que se encuentra establecido aquél con quien contrata, en este caso, a través de una sucursal. Esta circunstancia ha sido prevista habilitándose un foro específico para los contratos que la sociedad realice a través de una sucursal. De esta forma, las sociedades que tengan su sede estatutaria, su administración central o su principal centro de actividad en un Estado podrán ser demandadas en otro Estado de Caribe en el que tengan una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en relación a las actividades de dicho establecimiento. Se facilita de esta forma al demandante un “foro de ataque” puesto que podrá elegir por demandar a la sociedad en el Estado de su domicilio o en el lugar en el que se encuentre la sucursal a través de la cual se contrató. Esta es la función del inciso iii) del presente precepto, claramente inspirado en la solución contenida en el Reglamento Bruselas I, al determinar que los tribunales caribeños serán competentes en los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento comercial, cuando éstos se encuentren su territorio.

**185.** La letra iv) contiene unos foros especiales claramente inspirados en la reglamentación del Convenio de Bruselas de 1968 y actual Reglamento Bruselas I<sup>279</sup>. Así se establece la competencia de los tribunales caribeños cuando el domicilio del consumidor se encuentre en Caribe, si se trata de contratos de ventas a plazos de bienes muebles o préstamos de financiación de estas operaciones. Sin embargo, también se prevé la competencia de los tribunales caribeños, para otros contratos de consumo de bienes muebles y servicios, “cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en Caribe o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio caribeño los actos necesarios para la celebración del contrato”. Resulta muy discutible la concurrencia del foro especial con el foro general de la sumisión expresa previsto en el **art. 10**. Si se considera que la norma que ahora se comenta establece una serie de foros de protección, inspirados muchas veces en preceptos constitucionales, la admisión sin límites de dicha autonomía vacía de todo contenido la protección intentada. De ahí que deba interpretarse que el foro especial sólo concurre normalmente con el foro general del domicilio del demandado, pero no así con los acuerdos de elección de fuero, a menos que se consideren en beneficio exclusivamente del consumidor.

**186.** La configuración del contrato de seguro y sus múltiples variantes se ha convertido en una de las preocupaciones esenciales del Derecho de los contratos incentivada por la complejidad de la figura tanto en el ramo del seguro de vida como en el ámbito de los seguros distintos al de vida. La competencia judicial internacional en materia de seguros que se incluye en el apartado v) al igual que en el caso de los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo está inspirada en la protección de la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las norma general del apartado ii). En estos casos, la autonomía de las partes de un contrato está limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el **art. 9**. El apartado que ahora se comenta también está inspirado en las previsiones de la Sección 3ª del Capítulo II del Reglamento Bruselas I.

La protección se traduce en que mientras que el asegurador solamente puede demandar al asegurado, tomador o beneficiario en el domicilio del demandado dicho asegurado tomador o beneficiario podrá demandar al asegurador tanto en el domicilio de este último, en tanto que domicilio del demandado (**art. 11**) como en los tribunales del domicilio del demandante. El precepto abre, pues, una pluralidad de foros posibles contra el asegurador por parte del asegurado, tomador o beneficia-

---

<sup>279</sup> G.A.L. Droz y H. Gaudemet Tallon, “La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001 pp. 601 ss.

rio que también podrán ser utilizados por el perjudicado cuando éste ejercite la acción directa contra el asegurador, siempre que la acción directa sea posible<sup>280</sup>.

**187.** El ap. vi) sí se contempla un foro especial, que atribuye competencia a los tribunales caribeños en las acciones relativas a bienes muebles, cuando estos se encuentran en Caribe al tiempo de la demanda. La existencia de este foro especial resulta muy aconsejable pues el domicilio del demandado no tiene por qué coincidir con el lugar donde esté el bien mueble. Este foro especial aporta un foro de ataque concurrente muy útil, en la medida en que, de un lado, refleja una proximidad razonable del litigio con el *forum rei sitae* y, sobre todo, en segundo lugar, porque resulta especialmente eficiente en términos económicos. Debe señalarse, además, que las acciones reales mobiliarias no son ni mucho menos raras, pues el ejercicio de acciones reivindicatorias, tercerías de dominio y separación, o de mejor derecho, son muy frecuentes en el comercio internacional en el ámbito de los derechos reales de garantía sobre mercancías.

**188.** La importancia del foro previsto en el apartado vii) es que no está previsto en ninguna norma de origen convencional. Junto a los foros generales del domicilio del demandado y de la sumisión expresa o tácita (**arts. 10 y 11**) se insertan aquí dos foros especiales, que responden en esencia a una misma idea (el *forum patrimonii*): el último domicilio del causante en territorio caribeño, o la existencia de bienes inmuebles en Caribe. El último domicilio del causante en Caribe es un foro razonable, en la medida en que designa, presuntamente, la ubicación del patrimonio del deudor, así como un lugar posiblemente relevante acerca de los actos de última voluntad. Dicho foro favorece un buen desarrollo del proceso, la obtención de pruebas, la ejecución de la decisión y de las medidas cautelares y la administración del caudal relicto. Respecto al foro relativo a la existencia de bienes inmuebles en Caribe, la fuerza atractiva de la propiedad inmobiliaria no parece razonablemente justificada.

**189.** El párrafo 2º está inspirado en el Reglamento Bruselas I que ordenó y sistematizó las disposiciones relativas a la competencia judicial en materia de contratos de trabajo. Esta consideración autónoma, a renglón seguido de los contratos de consumo, se acomodaba mejor a la especialidad de estos contratos, y respondía a una estructura que ya estaba presente en el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Los foros de competencia judicial internacional que incluye este precepto son bastante más generosos: junto a la circunstancia de que la prestación laboral se haya realizado en Caribe, o el domicilio del demandado se sitúe en este país —en un sentido muy amplio para el empresario—, el precepto retiene otros criterios de competencia: los empleadores podrán ser demandados ante los tribunales caribeños si el trabajo se desempeñare

---

<sup>280</sup> Vid. V. Fuentes Camacho, *Los contratos de seguro y el DIPr en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1999.

habitualmente en Caribe o, en caso de que el trabajo no se desempeñase habitualmente en un único Estado, si el establecimiento que hubiese empleado al trabajador estuviere situado en Caribe.

**Art. 15. *Forum necessitatis*.** 1. Los tribunales caribeños son competentes cuando es demostrado que el litigio presenta una vinculación a Caribe hasta el punto que puede ser útilmente tratado en ellos y

- i) un juicio en país extranjero es *de jure* o *de facto* imposible, o
- ii) el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en el caso resulta denegada en Caribe.

2. Cuando el demandante esté domiciliado en Caribe o tenga la nacionalidad caribeña, se considera cumplido el criterio de vinculación útil.

**190.** Délimitant le champ de la juridiction caribéenne, la loi modèle par son **art. 6** consacre le principe d'une juridiction universelle quant aux personnes (*vid. supra*, **art. 6. 1 et comm. §2**). Les dispositions suivantes organisent l'exercice de cette juridiction universelle en fixant les compétences des tribunaux caribéens, ce qui a pour effet de soustraire à la connaissance de ceux-ci une immense part du contentieux international en matière civile et commerciale pour n'y soumettre que les affaires présentant un lien significatif avec la Caraïbe.

**191.** Cette autolimitation est aussi raisonnable que légitime. Comme dans tous les Etats modernes de type démocratique, le service public de la justice est institué par les membres du corps social en contrepartie de l'abandon réciproque de la libre pratique de la justice privée, avec cette précision que les différends seront tranchés par un tiers impartial selon une procédure réglée et d'après des normes substantielles prédéterminées. Ce pacte est consenti entre ceux et pour ceux qui y souscrivent dans la vue d'établir et maintenir l'ordre et la paix civile; il ne lie que ceux qui participent à la vie collective dont il s'efforce d'assurer l'harmonie, de sorte que la justice publique dont l'Etat est débiteur en Caraïbe a pour premiers créanciers ceux qui contribuent à l'animation cet espace social. Les règles de compétence internationale tracent alors les frontières de cette vie sociale, à l'intérieur desquelles doivent se situer les rapports d'intérêt privé litigieux que les tribunaux locaux ont mission d'apaiser. Aussi bien, les intérêts privés qui ne se localisent pas dans le périmètre de cette vie sociale restent hors de la compétence de ses tribunaux. Toutefois cette conception ne peut être portée à l'absolu. L'insertion des intérêts privés dans la vie sociale du for est souvent relative et les règles de compétence fixent le niveau d'intensité que cette insertion doit atteindre pour justifier l'accès aux tribunaux. Mais comme chaque Etat détermine unilatéralement ce niveau, il n'est pas exclu que par le fait de cette incoordination certains intérêts engagés trop modérément dans l'échange social caribéen ne puissent pas y trouver de juge sans que non plus

ailleurs un tribunal leur soit ouvert. C'est dans ce cas précis que l'affirmation de principe de la juridiction universelle prend un relief particulier. Cette affirmation procède de l'idée agitant le compendium des droits de l'homme selon laquelle, par nature, l'individu a droit à la protection juridictionnelle effective de ses intérêts. La loi modèle a choisi d'y adhérer<sup>281</sup>.

**192.** De cette adhésion, il résulte que les litiges juridictionnellement orphelins seront néanmoins accueillis par les tribunaux caribéens pourvu que la protection juridictionnelle effective ainsi promise puisse se réaliser concrètement à l'intérieur de l'ordre juridique de Caraïbe. C'est ce qu'exprime d'abord le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'**art. 15**, lorsqu'il exige, d'une part, un lien tel que le différend puisse être utilement traité par la juridiction caribéenne, c'est-à-dire être l'objet d'une décision susceptible de développer ses effets, éventuellement d'exécution, au sein de la vie sociale locale et, d'autre part, que ce lien soit, dans le cas d'espèce, prouvé à la satisfaction du juge. L'élargissement exceptionnel de la compétence caribéenne requiert une appréciation *in concreto* de son opportunité.

Toutefois, cette orientation délibérément casuistique et partant restrictive est tempérée par l'**art. 15 §2**, qui sur la base de la nationalité caribéenne ou du domicile caribéen du demandeur présume que le litige s'inscrit suffisamment dans l'ordre juridique de Caraïbe pour être confié à ses juges à défaut de compétences étrangères. Fondé sur le domicile, le *forum actoris* n'est qu'une reconnaissance abstraite du rapport entre le conflit d'intérêts à résoudre et l'ordre juridique caribéen et, s'il institue un privilège, celui-ci est acceptable dès lors qu'il n'est octroyé que sous le couvert du droit à une protection juridictionnelle effective, dont l'exercice n'est pas, à défaut de tribunaux disponibles à l'étranger, nécessairement préjudiciable au défendeur. Quant au critère de la nationalité, sa revitalisation n'est sans doute pas pleinement compatible avec l'**art. 6** en tant qu'elle ranime l'opposition entre le citoyen et l'étranger sur le plan juridictionnel, mais est-il légitime de retirer à la notion de nationalité la dimension d'appartenance à la population constitutive de l'Etat qu'elle associe normalement à la dimension d'allégeance aux pouvoirs constitués de l'Etat ? La loi modèle suggère une réponse négative. Il appartiendra à chaque Etat adoptant la loi modèle de nuancer ou même refuser cette solution.

**193.** L'élargissement exceptionnel de la compétence caribéenne exige aussi une appréciation de sa nécessité. Le paragraphe 1<sup>er</sup> mesure cette nécessité par référence à deux hypothèses. La première souligne le caractère aussi secourable que subsidiaire du *forum necessitatis*; elle est celle de l'impossibilité où se trouvent les parties d'introduire et de conduire une procédure devant les tribunaux étrangers. Il est

---

<sup>281</sup> CONC : Art. 3 Ley DIPr suiza; art. 65, al. 1, lit. d) Código proc. civ. portugués, art. 65, al. 1, *lit. d*); art. 3136 Cc de Québec; art. 6 Código proc. civ. holandés; art. 11 Código DIPr belgar; art. 1069 Código proc. civ. rumano; art. 19 Proyecto argentino; art. 110 Proyecto boliviano; art. 7 Proyecto colombiano; art. 14 Proyecto dominicano; art. 156 Proyecto mexicano, art. 156; art. 56.8° Proyecto uruguayo.

précisé que cette impossibilité peut naître aussi bien d'obstacles de droit que d'obstacles de fait. Obstacles de droit, d'abord, lorsque se dessine la figure du conflit négatif de juridiction : comme la Caraïbe, les Etats étrangers, au contact desquels évolue le rapport litigieux, maintiennent closes les portes de leurs tribunaux par application de leurs règles de compétence; si la preuve est rapportée d'une pareille impasse, le différend qui peut être utilement traité par les tribunaux caribéens le sera. Obstacles de fait, ensuite, lorsqu'il sera déraisonnable de soumettre les parties au risque de circonstances excessivement dangereuses et nourrissant contre le déplacement vers le juge étranger certains des ferments de la force majeure (état de belligérance, guerre civile, discriminations, onérosité excessive du procès); appuyée au droit au procès équitable, une doctrine propose d'enrichir la notion d'obstacle de fait en y incorporant un jugement de valeur sur la qualité du travail juridictionnel habituellement produit par le tribunal étranger<sup>282</sup>. Enrichi ou non, l'obstacle de fait comme l'obstacle de droit devra être prouvé par le demandeur.

**194.** La seconde référence est l'hypothèse où il est établi que la reconnaissance du jugement qui pourrait être rendu à l'étranger sera refusée an Caraïbe. La preuve du refus de reconnaissance est évidemment rapportée lorsque celui-ci a été opposé par le juge caribéen à une demande principale ou incidente tendant à faire déclarer la régularité internationale de la décision étrangère; dans ce cas, l'affaire pourra être jugée à nouveau en Caraïbe mais seulement, quoique l'art. 15 ne le précise pas, s'il est vérifié qu'aucun autre juge étranger n'est disponible. La preuve du refus est plus délicate lorsque le refus de reconnaissance est allégué alors que sa perspective dissuade le demandeur de s'adresser au juge étranger; les caractéristiques qui déterminent au regard du droit caribéen la régularité internationale de la décision étrangère, toute hypothétique, ne sont pas d'ores et déjà acquises et il serait alors à craindre qu'il faille se contenter d'une irrégularité purement conjecturale. Mais, en réalité, certains éléments, telle l'incompétence indirecte de l'éventuel tribunal étranger, sont accessibles avant que ne soit engagée l'hypothétique procès et ils pourront se prêter à la preuve et donc fonder le pronostic de non reconnaissance. C'est sans doute cette particularité qui explique que cette hypothèse soit distinguée dans l'art. 15, car pour le reste elle ne propose qu'une application spécifique de la solution qui se dégage de la première hypothèse (générique).

**Art. 16. Medidas conservatorias.** Los tribunales caribeños serán competentes cuando se trate de adoptar medidas conservatorias respecto

- i) de personas o bienes que se encuentren en territorio caribeño y deban cumplirse en Caribe;
- ii) de situaciones litigiosas que correspondan al ámbito de su competencia.

<sup>282</sup> V. Retornaz et B. Volders, "Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, p. 225; L. Corbion, *Le déni de justice en droit international privé*, Puam, 2004.

**195.** Il convenait d'établir une règle de compétence particulière pour les mesures provisoires et conservatoires par lesquelles l'autorité judiciaire sécurise la situation des parties pour prévenir toute manœuvre qui tendrait à altérer la configuration ou à fausser l'instruction de la cause et à compromettre la réalisation effective de la décision tranchant au fond le différend. En principe, ces mesures sont du ressort du tribunal saisi au fond du litige, qui dispose à leur égard d'une compétence prééminente. Cependant, il peut arriver que la procédure devant ce tribunal ne soit pas encore engagée ou encore que celui-ci ne soit pas en pratique le mieux placé pour ordonner de telles mesures, parce que par exemple elles doivent s'appliquer à des personnes ou à des biens qui se trouvent hors de portée. Ces circonstances ne doivent pourtant pas priver les plaideurs de leur droit à une protection juridictionnelle effective qui comprend le droit à une protection juridictionnelle temporaire conservant leurs droits respectifs jusqu'au dénouement du conflit d'intérêts qui les oppose. Il est alors nécessaire de ménager la coopération et d'autoriser la saisine des autorités judiciaires qui sont à pied d'œuvre. C'est à cette exigence que répond l'art. 16 lorsqu'il définit la compétence des tribunaux caribéens<sup>283</sup>. Cette disposition associe très classiquement la compétence au provisoire à la compétence au principal de sorte que les mesures pourront toujours être prises par le juge caribéen dont la saisine s'est fondée sur un des chefs de compétence prévus dans le chapitre II de ce titre II de la loi modèle. Mais concurremment à cette habilitation, l'art. 16 en confère une autre au juge caribéen lorsque celui-ci se trouve être le juge utile parce que les personnes ou les biens sur lesquels la mesure doit s'exécuter se situent dans son ressort, c'est-à-dire sur le territoire de Caraïbe.

**196.** Dès lors qu'en principe le pouvoir de juger – tant au fond qu'au provisoire – s'exerce selon les règles de l'Etat qui le confère, les mesures pouvant être obtenues des tribunaux caribéens sont celles qu'organise le droit judiciaire privé de Caraïbe. Mais, de teneur identique, elles n'auront pas toutes la même portée. En effet, celles qui sont demandées au juge utile parce devant s'exécuter sur des personnes ou des biens se trouvant sur le territoire caribéen auront, selon le fondement de la compétence ancillaire en vertu de laquelle elles sont ordonnées, une efficacité limitée au territoire. En revanche, celles qui sont prononcées par le juge caribéen compétent au fond auront, comme la décision au fond qu'il est habilité à prononcer, vocation à être reconnues et, le cas échéant, exécutées hors du territoire.

**Art. 17. Incompetencia de los tribunales caribeños.** 1. No serán competentes los tribunales caribeños en aquellos casos en que las disposiciones de la presente ley o

<sup>283</sup> CONC.: Art. 10 Ley DIPr suiza; art. 10 Ley DIPr italiana; art. 22.5° LOPJ (España); art. 43 Ley DIPr venezolana; art. 1074 Código de proc. civ. rumano; art. 111 Proyecto boliviano; art. 20 Proyecto argentino; art. 15 Proyecto dominicano; art. 56.9° Proyecto uruguayo.

de los tratados internacionales de los que Caribe sea parte no les atribuyen competencia.

2. En caso de incomparecencia del demandado la excepción de incompetencia debe ser alegada antes de cualquier alegación en cuanto al fondo, so pena de que sea declarada inadmisibile.

3. En caso de incomparecencia del demandado, los tribunales caribeños debe declararse incompetentes.

4. Los tribunales caribeños se declaran de oficio incompetentes cuando se lleva ante ellos una demanda para la cual los tribunales de otro Estado que haya adoptado la presente ley son exclusivamente competentes en virtud del art. 9.

**197.** Même s'il n'est pas indispensable, le rappel d'un principe est rarement dommageable et il peut même en soutenir utilement la fermeté au moment d'annoncer des modalités d'application susceptibles de tempérer la rigueur des syllogismes dont il pourrait être la majeure. C'est sans doute ce qui explique que le premier paragraphe de l'art. 18 n'hésite pas à énoncer que les tribunaux caribéens ne sont pas compétents sur les affaires qui ne leur sont pas dévolues par les règles de compétence légales ou conventionnelles<sup>284</sup>. Un esprit logique s'inclinerait sans réserve devant pareille proposition et en conclurait que lesdits tribunaux caribéens s'abstiendraient de connaître des procès qui n'entrent dans le champ d'aucune des dispositions régissant leur compétence internationale. Un esprit juridique ne méprisera pas cette inférence, mais il sera porté à l'amender par la prise en compte des démarches pratiques

**198.** La première hypothèse envisagée relativise le principe énoncé. Elle vise le défendeur qui comparait au tribunal pour y développer ses défenses au fond sans avoir au préalable protesté contre le défaut de compétence internationale. Il y a là une transposition de la règle assez largement répandue dans le droit judiciaire privé comparé qui exprime un souci d'économie procédurale en s'efforçant d'empêcher que, dans le cas où la compétence est douteuse ou contestable, un débat au fond ne s'engage immédiatement et ne soit poussé trop loin avant que soit constatée son illégitimité et, partant, sa vanité. Il faut donc que l'exception d'incompétence soit soulevée *in limine litis*, « simultanément avec les autres exceptions de procédure et avant toute défense au fond ou fin de non recevoir », selon les termes de l'art. 74 du code de procédure civile français. La solution peut s'analyser comme une prorogation légale de compétence résultant de l'irrecevabilité fondée sur la tardiveté de l'exception d'incompétence et tendant à ménager la force de travail des membres du tribunal. Mais elle peut aussi s'analyser en une prorogation volontaire tacite,

<sup>284</sup> CONC. : Art. 11 Loi n. 218, art. 57; Loi vénézuélienne du 6 août 1998; art. 10 Loi tunisienne du 27 novembre 1998; art. 12 Código DIPr belga; art. 1070 Código de procedimiento civil rumano; art. 147 Proyecto mexicano; art. 15, *ult. al.* Proyecto panameño.

puisqu'en présentant ses moyens de fond, le défendeur accepte le débat auquel l'invite le demandeur. Cette dernière interprétation commande de limiter la solution aux procès dont l'objet autorise la prorogation volontaire, c'est-à-dire aux procès où se débattent des intérêts dont les parties ont la libre disposition<sup>285</sup> (*vid. supra*, **art. 10 et comm. §2**); cependant, elle paraît peu compatible avec le dernier alinéa de l'**art. 10 §3** énonçant que la convention d'élection de for satisfait à la condition de l'écrit lorsqu'elle est consignée dans un échange d'écritures en demande et en défense en cours de procès qui révèle que l'une des parties allègue l'existence d'un accord que l'autre ne conteste pas mais au contraire exécute. C'est là une règle qui met en œuvre une conception restrictive de l'accord tacite dont tout l'effet utile serait ruiné par l'admission d'une prorogation procédant du simple silence des comparants. Cette observation n'autorise pas à conclure que la condition relative au moment de présentation de l'exception d'incompétence vaut en toute matière y compris celle qui régirait des intérêts indisponibles, ce qui impliquerait que l'exception reste toujours à la discrétion du défendeur; cette observation montre seulement que la loi modèle est muette sur le domaine matériel de cette condition requise lorsque le défendeur comparait.

**199.** Dans le cas contraire où le défendeur ne comparait pas, le paragraphe 3 de l'art. 18 attribue au tribunal indûment saisi le pouvoir de se déclarer d'office incompétent. Ce pouvoir est indispensable à l'accomplissement du devoir qui aurait le même objet, mais rien dans cette disposition n'indique qu'un tel devoir incombe au juge, ni qu'il ne lui incombe pas. Seul est accordé au juge le moyen de relever sa propre incompétence, soit qu'une disposition spéciale de droit caribéen extérieure à la loi modèle le lui commande, soit que lui soit laissée la liberté d'apprécier l'opportunité de se dessaisir. Le système du Règlement Bruxelles I (art. 26) comme celui de la Ley de Enjuiciamiento Civil sont explicitement favorables à ce que soit exercée d'office la protection du défendeur non comparant dès lors que celui-ci a été régulièrement assigné.

**200.** Le dernier paragraphe de l'art. 17 rejoint la position du Règlement Bruxelles I relative au cas où le procès porte sur une matière relevant des compétences exclusives de l'art. 9 et est déféré à un tribunal caribéen alors que l'élément de rattachement se réalise en territoire étranger. Si l'Etat étranger désigné par ce rattachement a adopté la loi modèle, le tribunal caribéen se déclare d'office incompétent au bénéfice de la juridiction la mieux placée pour connaître de la cause, selon ce qui a déjà été présenté sous la dénomination d'effet réflexe de l'exclusivité (*vid. supra*, **art. 9 et comm. §4**)

---

<sup>285</sup> Comp. Art. 36. 2. 3° LEC

**Art. 18.** *Forum non conveniens* 1. Los tribunales caribeños pueden, a instancia del demandado, declinar su competencia en razón de hechos exteriores al territorio caribeño si:

i) es útil recoger testimonios de personas que residen en el extranjero et que la recogida de esos testimonios en el extranjero o la comparecencia de los testigos ante el tribunal caribeño fuera excesivamente onerosa para una u otra de las partes; o

ii) es útil que el juez proceda a verificaciones personales sobre hechos litigiosos

iii) cometidos en el extranjero.

2. Los tribunales caribeños declinan su competencia cuando la ley aplicable les supone poderes que no les confiere la ley caribeña y que habría que ejercer en el litigio de que se trate.

**201.** Apparue en droit international privé écossais au XIX<sup>e</sup> siècle avant de se diffuser largement au XX<sup>e</sup> siècle dans les ordres juridiques participant à la tradition de *Common Law*, l'exception de *forum non conveniens*<sup>286</sup> qui ne s'ajuste pas spontanément au système de compétence internationale cultivé par la tradition de *Civil Law* fait l'objet d'un accueil strictement mesuré par la loi modèle. Ce mécanisme qui tend à opérer un transfert du procès d'une juridiction nationale vers une juridiction étrangère repose sur la reconnaissance au juge saisi d'une marge d'appréciation quant à l'opportunité d'exercer sa compétence au regard des circonstances particulières du cas d'espèce; il opère comme une clause d'exception lorsque la configuration abstraite du rapport litigieux place celui-ci sous l'empire d'un chef de compétence dont le fondement est malmené par quelque singularité de la cause. En pareil cas, le moyen tiré du *forum non conveniens* que le défendeur oppose au développement de la procédure tend à faire prédominer la conformité concrète sur la conformité abstraite et, partant, à conduire au dessaisissement du juge. Une caractéristique essentielle de l'exception réside dans le pouvoir discrétionnaire qu'elle concède au tribunal de réévaluer sa propre compétence. Sans doute, dans le droit anglais, ce pouvoir est-il encadré par l'énoncé d'une série de facteurs à prendre en considération avant de renvoyer les parties devant un tribunal plus approprié, de telle sorte que son caractère discrétionnaire affecte surtout la pondération de ces facteurs. Il n'y a rien d'arbitraire dans cette démarche qui doit rester guidée par l'objectif de bonne administration de la justice; cependant plus est riche le catalogue des facteurs à considérer, plus large est le pouvoir discrétionnaire. Il s'ensuit que la prévisibilité de la compétence internationale est affaiblie et, avec elle, la sécurité juridique.

<sup>286</sup> A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens. Etude de droit international privé comparé*, Bruylant-LGDJ, 2003; C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2000

**202.** Sensible à cette considération, l'art. 18 subordonne la recevabilité de l'exception à des conditions délibérément étroites<sup>287</sup>. La première de celles-ci n'est pas formulée de manière explicite dans le corps de la disposition, mais elle est impliquée par le titre qu'elle se donne : il faut qu'il existe à l'étranger un tribunal disponible auquel transférer l'affaire; il ne s'agit d'ailleurs pas de n'importe quel tribunal de n'importe quel pays qui se déclarerait compétent, mais du tribunal de l'Etat qui est dans un rapport de proximité suffisante avec les éléments de fait dont la connaissance est exigée en l'espèce par l'objectif de bonne administration de la justice. La seconde condition est en effet que l'accès du tribunal caribéen à des *faits extérieurs au territoire* du for soit si difficile que leur établissement en justice en soit compromis. Cette condition exclut la recevabilité de l'exception lorsque le juge caribéen a été saisi sur la base d'une compétence exclusive de l'**art. 9**; d'abord, un des fondements de l'exclusivité est précisément la localisation des éléments pertinents de la situation litigieuse sur le territoire caribéen et, ensuite, son effet typique est de réputer, du point de vue caribéen, radicalement incompétent les tribunaux des autres Etats, de sorte que ceux-ci se trouvent dans l'impossibilité de rendre une décision susceptible d'être reconnue en Caraïbe.

**203.** Cette seconde condition se renferme en deux éventualités alternatives. Il se peut d'abord que l'instruction de la cause et spécialement la production en justice des faits pertinents extérieurs au territoire nécessitent le concours de témoins qui se trouvent eux-mêmes hors du territoire caribéen de sorte qu'il faudrait mettre en mouvement les lourdes et longues procédures de commissions rogatoires ou encore prendre en charge leur venue devant le tribunal; si ces solutions se révèlent excessivement onéreuses pour l'une ou l'autre des parties, le tribunal peut estimer opportun le transfert du procès vers une juridiction de proximité pourvu qu'il la juge appropriée. Il se peut ensuite que l'information du tribunal requiert l'accomplissement de vérifications personnelles de ses membres ou de l'un d'eux et qu'un transport transfrontière sur les lieux soit juridiquement et matériellement inexécutable. En précisant ces deux éventualités, l'art. 18 borne le champ de l'exception de *forum non conveniens*.

**204.** Il n'aurait pas été inconcevable d'élargir ce champ de l'exception en y incluant des hypothèses où, non pas la proximité géographique des faits pertinents, mais la proximité intellectuelle ou même technique fait défaut. Sans même évoquer la question de la connaissance du droit étranger, il peut arriver que le tribunal caribéen ne dispose pas des moyens de mise en œuvre de la loi étrangère applicable parce que celle-ci suppose l'exercice de pouvoirs qui ne lui sont pas attribués. La loi modèle n'a pas retenu cette éventualité; le fait est d'une part que celle-ci sollicite plus directement le discernement et l'initiative du juge et pour cela n'entre pas franchement dans le cadre d'une exception offerte au défendeur et que, d'autre part,

---

<sup>287</sup> CONC : Art. 7, *ult. al.* Projet colombien, art. 17 Projet dominicain; art. 15 Proyecto panameño.

elle appelle plutôt un règlement sur le terrain du conflit de lois par voie d'adaptation ou par recours à la vocation générale subsidiaire de la *lex fori*, plutôt que sur celui de la compétence internationale. Au demeurant ce genre de difficulté le plus souvent se révélera lors de l'examen de l'affaire au fond, à un moment où le travail du tribunal sera bien avancé – alors qu'au contraire les faits extérieurs au territoire apparaissent déjà dans l'assignation du demandeur – et il sera trop tard pour soulever l'exception de *forum non conveniens* qui, en s'invitant dans la procédure de tradition romano-canonique, y rejoint *in limine litis* l'exception d'incompétence.

**Art. 19. Litispendencia.** 1. Cuando con anterioridad a la presentación de la demanda ante la jurisdicción caribeña se hubiere formulado otra demanda entre las mismas partes, objeto y causa ante los tribunales de otro Estado, los tribunales caribeños suspenderán el procedimiento hasta tanto el tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera demanda decida sobre su competencia. Si el tribunal extranjero ante el que se formuló la primera demanda se declarase competente amparándose en un foro de competencia considerado como razonable por las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, el tribunal caribeño ante el que se hubiera presentado la segunda demanda declinará su competencia.

2. La excepción de litispendencia no se admite si la demanda se interpuso ante el tribunal caribeño en base a las disposiciones del art. 8. La excepción no se admite tampoco si la demanda se interpuso ante el tribunal caribeño en base a un acuerdo de elección de foro que es conforme al art. 9 y confiere exclusividad al foro elegido.

**205.** L'art. 19 de la loi modèle consacre le principe de la recevabilité de l'exception de litispendance internationale : le juge caribéen doit tenir compte et éventuellement tirer conséquence de l'existence d'une procédure en cours à l'étranger antérieurement engagée sur le litige même dont il vient à être saisi<sup>288</sup>. Longtemps ce regard sur le fait judiciaire étranger et les conséquences y attachées n'ont été admis que dans le cadre du droit conventionnel; certains traités bilatéraux, comme la convention franco-espagnole de 1969, ou multilatéraux, comme la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (art. 21, devenu art. 27 du Règlement Bruxelles I et, bientôt, art. 29 du Règlement refondu) prévoient cette forme de coopération qui consiste pour le tribunal d'un pays à renoncer à sa compétence et à faire confiance au tribunal d'un autre pays devant lequel le procès s'est préalablement engagé. La loi modèle n'est pas un traité international ni un instrument communautaire. Diffusant auprès des États qui l'adoptent des valeurs communes, elle est cependant est un moyen d'uniformisation des systèmes juridiques et concourt

<sup>288</sup> CONC.: Art. 58 Ley DIPr venezolana; art. 18 Código DIPr panameño; art. 9 Ley DIPr suiza; art. 7 Ley DIPr italiana; art. 14 Código DIPr belga; art. 1075 Código de procedimiento civil rumano, art. 1075; art. 46 Proyecto argentino; art. 160 Proyecto mexicano; art. 18 Proyecto panameño; art. 57 Proyecto uruguayo; art. 10 Proyecto colombiano; art. 27 Reglamento Bruselas I.

ainsi à sa manière à établir l'harmonie internationale des solutions; elle est donc parfaitement dans son rôle lorsqu'elle propose un mécanisme destiné à résoudre les conflits de procédure, générateurs de conflits de décisions sur le plan international et à garantir ainsi qu'un même litige ne connaîtra entre le pays concernés qu'une seule issue.

**206.** Cet « esprit de collaboration juridictionnelle » n'anime pas tous les systèmes nationaux de droit processuel civil international. Faut-il ici rappeler le silence de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* ou l'hostilité déclarée du projet de "code modèle de droit international privé" élaboré par l'*Academia Mexicana de Derecho internacional privado y comparado*<sup>289</sup> (art. 160) ? Cette posture peut sans doute se prévaloir d'arguments non méprisables, mais certainement pas totalement convainquants. L'objection majeure élevée contre la recevabilité de l'exception de litispendance est que ce moyen d'incompétence, non seulement met en doute la solidité du chef de compétence du tribunal second saisi, mais surtout expose à un abandon de souveraineté juridictionnelle. La souveraineté est assurément un élément qui mérite considération, mais l'Ecole Hollandaise, construisant au XVII<sup>e</sup> siècle la notion de *comitas*, a montré que cet élément n'était pas incompatible avec la prise ne compte des réalités juridiques étrangères. En somme, l'idée de souveraineté juridictionnelle exige seulement ici qu'on puisse choisir librement de renoncer ou non à juger en l'état d'une procédure étrangère susceptible de produire une décision de qualité équivalente à celles que produit le for. Quant à la solidité des chefs de compétence, elle ne sera dans quelque mesure éprouvée par l'exception de litispendance que si celle-ci se résume en une exception de *forum non conveniens*; le schéma étroit de *forum non conveniens* que retient la loi modèle ne l'ajuste pas à cette fonction, puisqu'il se déploie sur le seul plan territorial<sup>290</sup> alors que la litispendance se développe aussi sur le plan chronologique.

**207.** En revanche, il convient de rappeler qu'en empêchant un conflit de procédures de prospérer, l'exception de litispendance prévient un conflit de décisions. Pareil conflit peut être indifférent à un ordre juridique particulariste puisqu'il ne met pas en cause sa cohérence. Mais il est hautement préjudiciable aux parties elles-mêmes qui, après avoir supporté les coûts et délais de deux procès, vont se trouver face à deux décisions qui pourront être divergentes, voire contradictoires dans leurs dispositifs. Cette antinomie sur le plan international constitue un manquement au droit à une protection juridictionnelle effective puisque le litige deux fois jugé n'est pas réellement tranché, les parties étant soumises à des commandements différents selon le lieu et le moment, ce qui, éventuellement, au détriment de l'économie procédurale, les inciteraient respectivement à contrecarrer alternativement et indéfiniment dans un pays l'exécution obtenue à leur encontre dans l'autre. Aussi bien,

<sup>289</sup> J.A Silva, "Una codificación jus internacional privatista para México...", *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 1221

<sup>290</sup> *Vid. supra*, art. 18.

pour conjurer ces atteintes à la bienfaisante unité et continuité de traitement juridique au travers des frontières, et tablant sur l'esprit de coopération juridictionnelle de la Caraïbe, l'art. 19 opte à l'instar de nombre de législations modernes pour la recevabilité de l'exception de litispendance et même confie au juge le pouvoir de la relever d'office. En conséquence, il détermine le bien fondé et les conséquences de l'exception.

**208.** Les conditions de la litispendance internationale correspondent à la conception généralement répandue en droit international privé comparé. Elles se rapportent à la *chronologie des saisines* concurrentes et à l'identité de litige.

Sur le premier point, la situation se caractérise par l'existence de demandes successivement reçues par deux tribunaux relevant d'Etats différents dans le respect des règles de compétence. L'accueil de l'exception conduisant au dessaisissement du juge second saisi, il faut d'abord discerner l'ordre des saisines successives; il y a là une exigence de datation pour laquelle la loi modèle ne semble exprimer aucune préférence particulière. Cette discrétion équivaut à un renvoi au droit de procédure de Caraïbe pour ce qui est de la demande portée devant le juge caribéen, lequel, à défaut d'indication spéciale, ne peut s'estimer saisi qu'au moment où les formalités prévues à cette fin par sa propre loi ont été satisfaites. Ce raisonnement, pour ce qui est de la demande soumise au juge étranger, ne s'impose pas avec la même évidence : incorporée au droit international privé caribéen, la disposition de l'art. 19, plutôt que de s'en remettre à la loi de procédure du juge étranger, peut aussi bien se lire comme retenant la solution du droit auquel elle appartient désormais. Mais cette dernière interprétation présente la faiblesse de recomposer la réalité à la manière du droit caribéen, alors que d'après les vues du droit étranger la date de saisine serait différente; il est difficile de négliger le droit étranger pour déterminer la date de la saisine du juge étranger comme, de manière plus générale, la régularité de celle-ci, puisqu'adressée au juge étranger une demande irrégulière de son point de vue ne peut effectivement ouvrir une procédure et engager sur la voie du conflit. Ainsi pour établir la chronologie des saisines comme la compétence des tribunaux impliqués, il conviendra de se référer au droit propre des Etats dont ils relèvent respectivement<sup>291</sup>.

**209.** Il faut ensuite, car c'est le cœur du problème, une *identité de litige*. L'art. 19 caractérise celle-ci par la concurrence de deux demandes ayant le même objet, la même cause et promues par les mêmes parties. Ces conditions transposent aux demandes celles qui sont généralement exigées des décisions en matière d'autorité de chose jugée, ce qui se justifie par la perspective du conflit de décisions dans laquelle évolue l'exception de litispendance. L'expérience de la Cour de justice des

---

<sup>291</sup> Mais, il faut tenir compte aussi dans cette référence de ce que l'incompétence et telle ou telle déficience au regard de ce droit ne conduisent pas nécessairement au dessaisissement du juge; c'est la dualité effective de procédures qui crée le problème.

Communautés européennes montre que cette triple identité peut donner lieu à des interprétations diverses qu'il est nécessaire de stabiliser dans un système commun de distribution des compétences. Sans entrer dans le détail des choix plutôt compréhensifs opéré par cette jurisprudence<sup>292</sup>, il est permis de souhaiter que l'application de l'art. 19, tant par la Caraïbe que par les autres Etats adoptant la loi modèle, prendra en compte son origine internationale et la nécessité de son interprétation uniforme...

**210.** La combinaison de la chronologie des saisines et de la triple identité ouvre au juge caribéen lorsqu'il est saisi en second, la *perspective d'un dessaisissement*. Dessaisissement sans risque de déni de justice, puisque le procès se poursuit devant le juge premier saisi. Dessaisissement qui n'est pas immédiat, mais subordonnée à la vérification que la décision attendue de l'étranger a les meilleures chances d'être reconnue et efficace en Caraïbe. Le tribunal caribéen ne peut renoncer à l'exercice de sa compétence (qui n'est pas moins légitime que celle du juge étranger) que s'il est raisonnablement prévisible que le procès pour ainsi dire délégué au juge étranger parviendra à résoudre le différend entre les parties également au regard de l'ordre juridique de Caraïbe, puisque l'objectif de l'exception est précisément de garantir l'unité de décision. En conséquence, le juge prononcera un sursis à statuer pour affronter les difficultés d'un pronostic sur les qualités d'une décision attendue, mais non encore rendue. Pour rendre praticable l'appréciation du juge qui n'est pas en mesure de prononcer d'ores et déjà sur la contrariété à l'ordre public ni, à bref délai, sur la loyauté de l'assignation, il ne lui est demandé que de se fonder sur la compétence indirecte du juge étranger telle que la définit l'**art. 74, iii** et dont le respect ou la violation sont acquis. Le second paragraphe de l'art. 19 prend soin de préciser que cette seule condition de compétence indirecte ne peut être satisfaite lorsque la saisine du juge caribéen correspond à une compétence exclusive, c'est-à-dire à une compétence de l'**art. 9** mais aussi à une compétence issue d'une prorogation de for de l'**art. 10** si les parties n'ont pas renoncé à l'exclusivité<sup>293</sup>.

**211.** S'il lui apparaît que la condition de compétence indirecte n'est pas remplie, le juge caribéen ordonne la reprise de l'instance et statue comme s'il n'y avait point de procédure concurrente puisqu'il est avéré que celle-ci ne peut déboucher sur une décision susceptible d'être reconnue en Caraïbe. En revanche, si la condition de compétence indirecte est vérifiée, le juge caribéen se dessaisit et le procès se poursuit devant le tribunal étranger, mais évidemment sans la garantie que la décision attendue sera régulière au regard des autres exigences de l'art. 74 et s'il advenait que celle-ci présente quelque déficience, il serait alors possible aux parties de renouveler le procès en Caraïbe.

<sup>292</sup> Vid. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4<sup>e</sup> éd., 2010, n. 324 et s.

<sup>293</sup> Cette dernière solution rejoint celle que refusait l'arrêt *Gasser*, CJUE 9 décembre 2003 (C-116/2) mais qu'imposera dès le 10 janvier 2015 le Règlement Bruxelles I refondu, art. 31.2.

**Art. 20. Excepción de conexidad.** Cuando dos demandas están ligadas entre sí por un vínculo tan estrecho que existe un interés en instruir las y juzgarlas al mismo tiempo et si una es formulada ante un tribunal extranjero y la otra ante un tribunal caribeño, el tribunal caribeño puede, a instancia de una parte y toda vez que no se dé uno de los casos de competencia exclusiva previsto por los artículos 9 y 10, inhibirse a condición de que el tribunal extranjero sea competente para conocer de las demandas en cuestión y su ley permita que se juzguen juntas.

**212.** L'exception de connexité internationale concerne l'hypothèse où deux demandes distinctes sont soumises respectivement à deux tribunaux relevant d'États différents et où il apparaît que celles-ci sont en un rapport tel que leur réunion en un seul procès devant un seul tribunal préviendra par un traitement juridictionnel coordonné la production de décisions discordantes. Par exemple, il serait opportun de confier à un même juge la demande du mari qui agit en divorce devant le tribunal étranger de la dernière résidence de la famille qui est encore la sienne mais non plus celle de son épouse et la demande de celle-ci en contribution aux charges du mariage qu'elle a formée devant le juge caribéen de sa résidence habituelle : il serait fâcheux que le lien conjugal soit dissous d'un côté et la pension alimentaire soit accordée de l'autre, alors que celle-ci suppose le maintien du mariage. Dans ce cas de figure, l'affinité avec la litispendance est assez claire : il s'agit dans l'un et l'autre cas d'éviter que la dualité de procédures ne débouche sur des résultats dont la coexistence est rationnellement inacceptables; mais les différences n'en sont pas moins évidentes : la discordance de décisions n'est pas seulement la contradiction dont l'un des termes exclut l'autre, elle couvre également l'inconciliabilité ou l'incompatibilité dont l'un des termes ne s'ajuste pas à l'autre. Aussi les conditions comme les effets de la connexité ne sont-ils pas ceux de la litispendance.

**213.** Sans doute faut-il ici et là que deux procès soient effectivement engagés, l'un d'abord devant un tribunal étranger, l'autre ensuite devant un tribunal caribéen. Le mode de datation de la saisine est le même et il n'y a pas lieu d'apprécier la compétence directe autrement que d'après la loi de procédure de chaque État<sup>294</sup>. En revanche, il n'est pas exigé des demandes qu'elles aient la même cause ni le même objet, ni qu'elles soient promues par les mêmes parties. La définition de la connexité, recueillie du Règlement Bruxelles I (art. 28. 3) par la loi modèle, couvre le cas où les demandes distinctes, formées ou non par les mêmes personnes, se fondent sur des éléments de fait au moins partiellement communs sur la base desquels chacune émet une prétention différente, de sorte qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps de manière à aboutir à une évaluation homogène de la situation d'ensemble débouchant sur des solutions coordonnées.

<sup>294</sup> CONC.: Art. 1076 Código de procedimiento civil rumano; art. 19 Proyecto panameño; art. 28 Reglamento de Bruselas I.

**214.** Lorsqu'il en est ainsi, le juge caribéen peut se dessaisir; la gravité de la situation de connexité étant moindre que celle de litispendance, il s'agit là d'un pouvoir qu'il n'exercera que sur demande de l'une des parties et dans des limites précises. Ainsi il ne lui est pas permis de se dessaisir lorsque sa propre compétence est exclusive au sens des articles 9 et 10, qui lui interdisent en effet d'y renoncer. Ainsi encore il devra constater que le juge étranger est, d'après ses propres règles de compétence, en mesure de joindre dans le même procès à l'affaire dont il a été saisi de son côté, celle qu'on se propose de lui transférer. Hors de ces limites le juge caribéen dispose d'une marge d'appréciation discrétionnaire qui le portera sans doute à vérifier d'autres paramètres; il pourra ainsi, après s'être assuré que l'affaire est susceptible d'être traitée par le juge étranger, veiller à ce que son transfert ne prive pas les parties du second degré de juridiction (*vid.* Règlement Bruxelles I, art. 28.2°) ou encore examiner si la décision attendue sera susceptible de reconnaissance et d'exécution en Caraïbe.

**Art. 21.** *Competencia interna.* Cuando las jurisdicciones caribeñas son competentes en virtud de la presente ley, la competencia de atribución y la competencia territorial son, en caso de que sea necesario, determinadas por las disposiciones pertinentes del código de procedimiento civil.

En caso de haber disposiciones susceptibles de fundamentar la competencia territorial, ésta se determina por transposición de los foros de competencia internacional. Cuando esta transposición no permite determinar la competencia territorial, la demanda se interpone ante el tribunal elegido por el demandante en el respeto de las exigencias de buena administración de la justicia y de economía procesal.

**215.** Sur l'argument que les questions de compétence interne relèvent du droit de la procédure civile nationale, puisqu'elles concernent directement le fonctionnement de l'appareil judiciaire étatique et la répartition des tâches entre les organes de celui-ci, la loi modèle dédiée au droit international privé aurait pu ne pas s'y intéresser. Cependant si cette thèse peut être soutenue avec quelque raison, il reste que très généralement, les règles de compétence interne ont été édictées exclusivement en considération de rapports litigieux de droit privé ne présentant aucun caractère international. Et pendant longtemps a dominé une conception publiciste de la compétence internationale articulée sur les notions de juge naturel et de lien d'allégeance politique, pour laquelle la désignation par la règle de compétence d'une juridiction nationale s'entendait comme d'une dévolution de l'affaire s'effectuant au bénéfice de l'Etat globalement considéré dans sa qualité de souverain. De cette représentation, il résultait que l'assignation ultérieure de la cause à un tribunal parmi tous les autres où s'exerçait cette juridiction nationale, portait sur un rapport privé international converti en rapport interne. Aujourd'hui, cette doctrine est contrainte de faire une place toujours plus large à une conception plus privatiste

où les règles de compétence judiciaire internationale sont guidées dans leurs choix par la considération des intérêts privés des plaideurs et l'idée d'un rapport de droit international pour ainsi dire naturalisé par la règle de compétence internationale connaît un for déclin. Le règlement de la question de compétence internationale n'efface pas l'internationalité; même si l'appréhension de la cause par la juridiction nationale atténue formellement ce caractère (puisque le rapport est voué à s'intégrer dans la machinerie de la justice étatique), matériellement celui-ci reste marqué (puisque le rapport est toujours aussi composite et plurilocalisé). C'est précisément cette résistance de l'internationalité qui justifie que la loi modèle s'aventure dans le champ de la compétence interne.

**216.** En vérité l'entreprise est conduite avec précaution<sup>295</sup>. Le premier alinéa de l'art. 21 laisse opérer les règles de compétence interne, matérielle et territoriale, et rend ainsi hommage à la conception publiciste en supposant toutefois que ces règles peu attentives aux besoins des relations privées internationales, ne leur sont pas contraires. Ce n'est que pour le cas où les chefs de compétence interne se révèlent inefficaces que le second alinéa opte pour des solutions propres aux litiges de caractère international. Ceci peut advenir à propos de la compétence territoriale interne lorsque, par exemple, la juridiction caribéenne est fondée sur la nationalité des parties alors qu'aucune des deux n'a de domicile en Caraïbe; il est alors prévu de remédier à cette carence de rattachement par une transposition ou adaptation de la règle de compétence internationale qui lui confierait, en prolongement de sa fonction « générale », une fonction « spéciale » de localisation à l'intérieur de l'organisation judiciaire caribéenne, laquelle pourrait ici conduire au tribunal de la résidence même épisodique des intéressés sur le territoire. Mais il pourra aussi se faire que cette méthode n'apporte pas de résultat, il conviendra en ce cas de suivre le choix du demandeur pourvu qu'il soit conforme aux exigences de bonne administration de la justice et d'économie procédurale; le juge saisi vérifiera par exemple que le demandeur s'appuyant sur une clause d'élection de for désignant généralement les tribunaux caribéens a choisi en s'adressant à lui un tribunal suffisamment proche des faits de la cause ou encore siégeant au lieu d'exécution nécessaire de la décision, ou tout simplement le plus commode pour les deux parties.

---

<sup>295</sup> CONC.: Arts. 34 y 35 Ley DIPr suiza; art. 1071 Código proc. civ. rumano; art. 146 Proyecto mexicano; art. 20 Proyecto dominicano; art. 112 Proyecto boliviano; art. 20 Proyecto uruguayo.

### TÍTULO III DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

#### Capítulo Primero Normas reguladoras

##### SECCIÓN PRIMERA PERSONA

**Art. 22.** *Goce y ejercicio de derechos.* 1. El nacimiento y el fin de la personalidad jurídica se rige por el Derecho caribeño.  
2. El ejercicio de los derechos civiles se rige por la ley del domicilio.

217. El art. 22 regula en su primer párrafo la ley aplicable al nacimiento y el fin de la personalidad. La fortaleza de la ley personal en algunas familias del Derecho comparado venía haciendo que tales aspectos estuvieran regulados por dicha ley personal, fuese la que fuese, la nacionalidad o la del domicilio de la persona. Tal solución siempre planteó un cierto problema lógico y también práctico en relación con el nacimiento de la personalidad y otras cuestiones que han ido tradicionalmente de la mano de dicho nacimiento, como pudiera ser la de la protección jurídica de los derechos que pudieran corresponderle al concebido aún no nacido.

La pregunta real a la que responde esta norma es cuándo se considera un ser nacido y con personalidad jurídica. Las respuestas, como bien se sabe, no son uniformes en el Derecho comparado, encontrándonos con varias opciones posibles que podríamos resumir entre las que parten de la idea de vida humana, incluso antes del nacimiento, y las que parten de la idea de nacimiento. Dentro de las primeras, minoritarias, la clave en términos jurídicos es la determinación del momento de la concepción. Las segundas muestran variaciones importantes entre las que apelan a la mera *vitalidad*, al nacimiento completo del feto, las que exigen no sólo el desprendimiento completo del seno materno (con o sin ruptura del cordón umbilical) y las que, además, exigen un nacimiento que lleve aparejada la *viabilidad* en la supervivencia, una cierta autonomía vital que se proyecte sobre el futuro del nacimiento. Existen normas en las que se apela a un determinado y concreto tiempo de vida tras el nacimiento (24 horas, por ejemplo) e incluso –aunque esto no es más que residuos históricos no suficientemente actualizados– las que exigen una determinada forma humana, rechazando que las llamadas “figuras abortivas” puedan considerarse personas nacidas.

En todo caso, la mera divergencia entre los ordenamientos, por pequeña que sea, exige la identificación de la ley aplicable: por ejemplo una mera diferencia entre exigir un plazo de vida independiente de 24 horas tras el nacimiento o no exigirlo ya plantea una *questio iuris* en el nacido con vida y con viabilidad que, sin embargo, muere dentro de esas primeras 24 horas.

**218.** Dado el marcado componente fáctico que todas estas posturas poseen y, en definitiva, la importante carga de orden público que asimismo tiene el tema capital de considerar o no a un ser vivo como persona y consiguientemente sujeto de derechos y obligaciones, la regla propuesta opta por una solución simple y unilateral, que no es otra que la aplicación de la propia ley. El concepto nuclear de persona y de capacidad jurídica se sustrae a cualquier paso por una legislación extranjera, sea la que sea.

**219.** Esta solución facilita asimismo los problemas lógicos y prácticos que otras alternativas podrían plantear, señaladamente el recurso a la ley de la nacionalidad y la del domicilio de la persona. Resulta obvio que plantearse el comienzo de la personalidad en función de la ley nacional de la persona conduce a un cierto círculo vicioso que ni siquiera puede llegar a romperse convenientemente haciendo la ficción de recurrir a la *hipotética ley nacional* y sólo si ésta considera que efectivamente la personalidad ha nacido ratificarla y en caso contrario negarla. Lo mismo vale para el domicilio. En todo caso, preciso es reconocer que ambas posibilidades serían viables cuando de lo que se trata es de verificar el nacimiento de la personalidad de un ser *efectivamente* nacido. Mas en los supuestos que afectan al *conceptus* o al *concepturus* y que tienen una trascendencia jurídica en términos de derechos y obligaciones la solución de acudir a una cierta ley personal hipotética no es práctica.

Efectivamente, preceptos como, por ejemplo, el art. 17 del Cc venezolano determina que “El feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien: y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo”; más aún se refiere no solo al *nasciturus conceptus*, sino también al *concepturus*, o aún no concebido, cuando, por ejemplo, dice su art. 1.443 que “Los hijos por nacer de una persona determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido...”. Obviamente, recurrir a una futura ley nacional o del domicilio es recurrir a un dato incierto: no se sabe cuál va a ser la ley nacional de *conceptus* o del *concepturus* hasta que no nace. En términos de nacionalidad no se sabe al cien por cien cuál será la nacionalidad de los padres en el momento del nacimiento (en caso de transmisión *iure sanguinis*) ni se sabe cuál será siquiera el lugar de nacimiento (en caso de transmisión *iure soli*). La ficción en el momento en que se haya de adoptar la medida –por ejemplo conservatoria de eventuales derechos– resulta compleja. Esperar al nacimiento, ineficiente.

La aplicación de la ley del foro es una solución simple y segura que, no obstante, debe ceder su plaza en estos últimos casos descritos a favor de la ley que resulte aplicable al fondo del derecho discutido: así, tratándose de derechos sucesorios, a

favor de la ley rectora de la sucesión; tratándose, por ejemplo, de una donación en los términos del citado art.1443 del Cc venezolano, a favor de la ley rectora de la donación<sup>296</sup>.

**220.** Aunque el fin de la personalidad, que en la actualidad sólo puede aparejarse a la muerte física de la persona, sí podría disciplinarse sin problema técnico alguno por la ley personal del individuo (la que fuese) dado que sería totalmente determinable (nacionalidad, domicilio u otra), la opción por la ley del foro es igualmente simple y previsible y, sobre todo, la más adecuada si tenemos en cuenta la obvia proximidad entre los datos estrictamente médicos o forenses y los eventuales preceptos legales que determinen el momento de la extinción de la personalidad.

**221.** En lo que atañe al segundo párrafo, el ejercicio de los derechos civiles a los que se refiere no afecta a aquéllos que tienen una garantía constitucional, que podríamos llamar de orden público en el sentido del art. 3.II del Código de Bustamante, sino más bien los que se refieren a personales o de “orden público interno”, cuyo sometimiento a la ley domiciliar es relativamente común por razones meramente operativas<sup>297</sup>.

**Art. 23. Capacidad y estado civil.** 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, la capacidad y el estado civil y de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio. No obstante, las condiciones especiales de capacidad prescritas por la ley aplicable a una determinada relación jurídica, se regirán por la ley rectora de esa relación jurídica.

Se exceptúan los supuestos de incapacidad regulados en el art. 50.

2. El cambio de domicilio no restringe la capacidad ya adquirida.

**222.** El art. 23 contiene la regla básica sobre capacidad y estado civil, decretando que estos aspectos directamente vinculados a la persona se regirán por la ley de su domicilio<sup>298</sup>.

**223.** Por lo que atañe a la capacidad, el Derecho comparado muestra dos grandes opciones en torno a la determinación de la ley aplicable a la capacidad de obrar de las personas físicas: la que singulariza los problemas de capacidad en el acto o negocio que reclama al participante capaz, y la que singulariza el tema en la persona en concreto con independencia del acto al que se refiera el problema o problemas

<sup>296</sup> Vid. *infra* el comentario al **art. 44** de esta Ley.

<sup>297</sup> Incluso en los sistemas construidos alrededor de la ley nacional como ley personal.

<sup>298</sup> CONC.: Art. 16 Ley DIPr venezolana; art. 26 Código DIPr panameño; art. 3083 (Cc Quebec); art. 34 Código DIPr belga; arts. 20 y 23 Ley DIPr italiana; art. 12 Ley DIPr austriaca; art. 11 Ley DIPr polaca; art. 21 Proyecto dominicano; art. 21 Proyecto boliviano; art. 17 Proyecto uruguayo; art. 18 Proyecto colombiano.

planteados. La primera opción vendría a contemplar la capacidad de una persona como la suma de todas las capacidades singulares que en virtud de distintas leyes pudiese tener. Una consecuencia en absoluto sorprendente para esta visión es que alguien sea capaz para realizar un tipo de negocio jurídico con unas circunstancias determinadas y regido por una ley determinada, y carezca de capacidad para realizar un negocio jurídico similar o incluso idéntico, pero regido por una ley distinta. La estabilidad de la esfera jurídica de la persona se resentiría. Quizá por ello, esta visión de la capacidad asociada indefectiblemente al negocio singular y concreto se ve acompañada de una solución más estable que hace, principalmente en la esfera de influencia de *common law*, que la ley del negocio se combine de forma alternativa con la ley del domicilio de la persona<sup>299</sup>. Una combinación que introduce un favor hacia la capacidad de la persona y consiguientemente una mayor posibilidad de que esta resulte capaz para la realización de un acto determinado<sup>300</sup>. En todo caso, esta visión favorable a la capacidad tiene como contrapartida la aludida posibilidad de que un incapaz de acuerdo con su ley personal (en este caso la del domicilio) pueda ser capaz o no en función del acto concreto para el que se evalúa dicha capacidad.

El art. 23 propone una solución fija, previsible y estable en torno a la ley personal concretada en la del domicilio como centro de vida e intereses de la persona interesada. La opción por la conexión domiciliar no es exclusiva en Derecho comparado e incluso dentro de los países caribeños, podemos encontrar tanto leyes personales basadas en la nacionalidad<sup>301</sup>, como basadas en el domicilio<sup>302</sup>. Ambos criterios son lo suficientemente fuertes y el grado de diferencia en su estabilidad, de ordinario mayor en la nacionalidad, se compensa con el grado de diferencia en la vinculación o conexión de la persona, de ordinario mayor en el domicilio.

**224.** En todo caso, cuando a la genérica capacidad de obrar se sumen requisitos accesorios y especiales para la válida realización de un acto determinado, serán las leyes reguladoras de la relación jurídica en la que se integre dicho acto las llamadas a establecer esas condiciones *especiales* de capacidad a las que se refiere el artículo. Los requisitos o condiciones especiales para, por ejemplo, testar o realizar un pacto sucesorio, los determinarán bien la ley rectora de la sucesión, bien la ley rectora de la forma de la disposición testamentaria, en aquellos casos en que tales requisitos puedan tener la calificación formal<sup>303</sup>. Otro tanto ocurre con determinadas capacidades o incapacidades especiales para recibir la herencia en función de la peculiar situación o relación que el causante podría tener con quien plantea el problema de

<sup>299</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2013, p. 348, alertando sobre las también virtudes de este planteamiento.

<sup>300</sup> Art. 18 Ley DIPr venezolana.

<sup>301</sup> Art. 12.1º Cc cubano; art. 3 Cc dominicano; Departamentos y colectividades territoriales francesas en el espacio de Ccaribe: herencia de las soluciones del Derecho francés.

<sup>302</sup> El Código de Bustamante (art. 7) contempla ambas como posibles leyes personales.

<sup>303</sup> Vid. *infra* comentario al art. 42 de la presente Ley.

capacidad (su último confesor, su consejero legal, el notario autorizante del acto, etc.). También entrarían dentro de esta suerte de excepción a la aplicación pura y simple de la ley personal del individuo, requisitos o condiciones especiales que se requieran, por ejemplo, para emitir una declaración de reconocimiento voluntario de la paternidad, o para proceder a la adopción de un menor (edad mínima o diferencia de edad entre adoptante y adoptando), para contraer matrimonio, para disponer de bienes de un pupilo en el caso del tutor, y otras situaciones similares.

**225.** El art. 23 hace además una salvedad relativa a la llamada *excepción de interés nacional* tal cual se regula en el **art. 50** de la presente Ley. Se trata de una excepción con una amplia tradición en el ámbito de la protección de la confianza negocial<sup>304</sup> a favor de la ley del lugar en el que se realiza un negocio. Esta excepción puede tener una configuración bilateral, como sucede con sus últimas manifestaciones en convenios o normas institucionales de la UE<sup>305</sup> o unilateral (a favor de la ley de Caribe) como se recoge en la presente Ley. Arbitra, en todo caso, una respuesta clara y absolutamente coherente desde el punto de vista del reparto de los costes de información en el tráfico comercial<sup>306</sup>.

**226.** El segundo gran concepto regulado por el precepto se refiere al estado civil de la persona. Es este un concepto difícilmente definido en todas sus dimensiones y sobre el que existe un núcleo duro de certeza positiva en el que se integra la filiación, el matrimonio, la mayoría de edad (capacidad), y una zona de incertidumbre en la que puede discutirse si, por ejemplo, la nacionalidad o el domicilio forman parte de su contenido. En una de los mejores ejercicios analítico descriptivos que se han realizado en torno al tema se señala que “El estado civil es una cualidad de la persona dependiente de la realidad natural (manera de ser) o social (manera de estar, con estabilidad, en los grupos sociales trascendentes), determinante de su dependencia o independencia jurídica, de su capacidad de obrar y de su ámbito de poder y responsabilidad... si no hay cualidad natural o social de la persona no pue-

---

<sup>304</sup> El primer y paradigmático caso fue el resuelto por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 16 de enero de 1861, en el caso *Lizardi*, ciudadano mexicano que pretendía hacer valer en Francia su incapacidad derivada de la ley mexicana para eludir el cumplimiento de los contratos celebrados en aquel país. La *Cour de Cassation* consideró no argüible la ley personal y tuvo por capaz al señor Lizardi en virtud de la ley Francesa (B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª. Ed., Dalloz, Paris, 2006, pp. 39–40 y las observaciones, pp. 40–46).

<sup>305</sup> Así el art. 36 Ley DIPr suiza o el 13 del Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): “En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte”. Norma que, por otro lado, está en vigor en algunos territorios de Caribe (*vid.* el Informe relativo a la herencia francesa, *supra*, pp. 49 ss).

<sup>306</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas–Tomson–Reuters, 2013, p. 350.

de hablarse de estado civil; pero si esa cualidad no es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico como determinante de la capacidad de obrar tampoco existe un verdadero estado civil<sup>307</sup>. En todo caso, como se ve, se describe como una amplia constelación posible de circunstancias y relaciones jurídicas que, según la regla que comentamos, quedará igualmente regido por la ley de su domicilio. Se trata en este caso de una regla principal o genérica que queda supeditada a la existencia de otras reglas de conflicto que puedan establecer soluciones particulares para aspectos igualmente particulares relativos al estado civil: nombre y apellidos, filiación natural, adopción, matrimonio, y otras. La razón de esta regla general es poner de manifiesto la importancia de la ley del domicilio en relación con las materias que integran el llamado estatuto personal, reafirmar su naturaleza de principio estructural del sistema de ley aplicable previsto por la ley y, en tal condición, servir para dilucidar, en su caso, lagunas que puedan surgir frente a situaciones no específicamente previstas por la ley. Situaciones que no tienen por qué ser infrecuentes si tenemos en cuenta que esta ley está dirigida a la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial<sup>308</sup>, lo que no descarta, sino todo lo contrario, la posibilidad de que a las autoridades caribeñas se les presenten cuestiones desconocidas, o sin un exacto acomodo en las instituciones reguladas por la ley del foro, a las que haya de dar una respuesta concreta. La fuerza de la ley del domicilio condiciona estas respuestas, pues determina también en cierto modo la calificación del problema: un estatuto personal fuerte y con carácter absorbente en torno a la conexión domiciliar.

**227.** El art. 23 concluye con una regla ya clásica en el tratamiento de la ley aplicable a la capacidad, que es la que resuelve el tránsito de una ley aplicable (ley domiciliar) que consideraba capaz al sujeto, hacia otra (nuevo domicilio) que no lo considera tal. La regla evita por obvias razones de seguridad jurídica la pérdida de la capacidad ya adquirida. Ejemplos posibles son el de quien podía considerarse mayor de edad conforme a la ley anterior pero menor conforme a la ley nueva; o quien podía considerarse emancipado conforme a la ley anterior (*v.gr.*, menor tras contraer matrimonio) y no conforme a la ley nueva<sup>309</sup>.

**Art. 24. Derechos de la personalidad.** 1. La existencia y el contenido de los derechos de la personalidad se rigen por la ley del domicilio de la persona. No obstante, los derechos de la personalidad que deriven de una relación familiar o sucesoria se rigen por la ley aplicable a esta relación.

<sup>307</sup> F. de A. Sancho Rebullida, "El concepto de estado civil", *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Profesor Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, Valladolid, 1965, pp. 741–810, pp. 797–798.

<sup>308</sup> *Vid. supra*, comentario al art. 1 de la presente Ley.

<sup>309</sup> Art. 17 Ley DIPr venezolana.

2. Las consecuencias de la violación de los derechos señalados en el párrafo anterior se rigen por la ley aplicable a la responsabilidad por hechos ilícitos.

**228.** La idea de protección de la persona a través del reconocimiento de los llamados derechos de la personalidad aparece de manera tardía en la doctrina privatista europea del siglo XIX y encuentra reflejo en los Códigos civiles del siglo XX, y aunque no existe una definición legal de los derechos de la personalidad que fije su concepto, cabe señalar que en su consideración más clásica los derechos de la personalidad constituyen el instrumento a través del cual se produce la protección civil de la persona física, básicamente estimando que esta es portadora de unos atributos, bienes o derechos que son inherentes a su condición humana y cuya violación produce el deber de resarcir los daños y perjuicios causados por el infractor, tanto patrimoniales como morales.

En su enumeración se incluyen aquellos derechos que se dirigen a proteger la integridad personal del ser humano, tanto en su vertiente física –vida, integridad física– como espiritual –integridad moral–, honor, intimidad, imagen, autodeterminación informativa, identidad, incluido el derecho al nombre, que en esta Ley tiene su propia solución individual. Junto a los citados, se suele incluir el derecho moral de autor; queda además englobado en la categoría el derecho a la libertad en sus múltiples manifestaciones concretas (ideológica y religiosa, de expresión, de información, de movimientos, etc)<sup>310</sup>.

**229.** El art. 24 de la Ley somete la existencia y el alcance de estos derechos a la ley del domicilio; a la ley personal<sup>311</sup>. Nada tiene de extraño si tenemos en cuenta su fisonomía y su indisoluble vinculación a la persona. Nótese, en todo caso, que la ley personal tan sólo determina la *existencia y contenido*, mas no bajo qué circunstancias pueden considerarse vulnerados, bajo cuáles se ha de proceder a una reparación de los mismos, los tipos de reparación posibles y la extensión de la reparación<sup>312</sup>.

No obstante, se hace preciso realizar una matización en función de la importancia de alguno de estos derechos tal cual los hemos enumerado y de la posibilidad de que la ley personal ceda a favor de la ley del foro. Ello viene dado porque la relación entre los llamados derechos de la personalidad y los derechos fundamentales sigue sin estar perfectamente perfilada. Parece cada vez más claro que el valor de la personalidad en el ordenamiento jurídico es unitario y goza de una protección integral. En este contexto, puede parecer hasta artificial que la existencia de, por ejemplo, la libertad ideológica o el derecho a la intimidad puedan depender *en su mera*

<sup>310</sup> Vid. A. Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5ª ed., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009.

<sup>311</sup> CONC.: Art. 24 Ley DIPr italiana; art. 16 Ley DIPr polaca; art. 22 Proyecto dominicano; art. 11 Proyecto mexicano.

<sup>312</sup> Vid. *infra*, comentario al art. 53 de la presente Ley.

*existencia* de una ley que no sea la del foro (y la fundamental del foro). En realidad cuando se habla de derechos o bienes de la personalidad nos estamos refiriendo a la que podríamos llamar tutela civil de la personalidad, que también goza de tutela constitucional, penal y administrativa, y que en los ordenamientos jurídicos modernos está, con mayor que menor alcance, bajo la tutela de los derechos fundamentales y, por lo tanto, bajo la órbita de la ley del foro. Obviamente, la cosa es tan clara cuando hablamos del derecho al nombre, del régimen de los apellidos, del derecho a la propia imagen... Todos ellos susceptibles de un mayor margen de apreciación por parte del legislador, si no ya en su existencia (que probablemente también) sí en su *contenido*.

**230.** Debe incidirse en la importancia de este precepto, pues aunque se reitere frecuentemente en tratados y manuales la naturaleza extra-patrimonial de los derechos de la personalidad, nadie puede negar sensatamente el acusado incremento del valor económico que están experimentando en nuestros días: piénsese en la imagen, la intimidad, el nombre o la voz, sobre todo si se asocian a personas con un perfil público, lo que paralelamente incrementa notablemente la posibilidad de su comercialización. Por ello actualmente se cuestiona muy seriamente la extra-patrimonialidad sin más, poniendo el énfasis en el hecho de que tras los derechos de la personalidad puede haber intereses tanto de naturaleza patrimonial como extra-patrimonial. La cuestión tiene la máxima importancia, puesto que cuando en un concreto derecho de la personalidad concurre esa duplicidad de intereses es obligado plantearse si el aspecto patrimonial del derecho en cuestión merece o no la misma protección absoluta que el aspecto extra-patrimonial del mismo derecho o que los derechos que únicamente poseen este aspecto extra-patrimonial. La norma, no regula, por ejemplo, los contratos que puedan realizarse teniendo como objeto alguno de estos derechos de la personalidad (derechos de imagen, voz...); aspecto que quedará regido por la ley aplicable al correspondiente negocio.

**231.** La solución principal y general se ve excepcionada por una remisión accesorio a la ley de la que derive el derecho de la personalidad. Se refiere el precepto a relación familiar o sucesoria y hay que entender también excepcionada (aunque casualmente la respuesta de ley aplicable sea la misma) la ley aplicable al nombre.

Los derechos de la personalidad cuya existencia (y tutela) pueda prolongarse más allá de la muerte del titular se van a regular por la ley rectora de la sucesión, no solo en su vertiente extra-patrimonial (tutela del honor del causante), sino incluso en su aspecto patrimonial<sup>313</sup>.

---

<sup>313</sup> En Derecho comparado no son abundantes los ejemplos, pero uno de ellos sumamente gráfico es el de la sentencia del BGH de 1 de diciembre de 1999 (caso *Marlene Dietrich*), en la que el alto tribunal germano tuvo que decidir sobre si, para el Derecho alemán, formaba o no parte de la herencia el derecho a controlar la explotación comercial de la propia personalidad. La única hija y heredera de Marlene Dietrich demandó a un productor musical que permitió a una empresa el uso del nombre y la imagen de la actriz para una edición

**232.** Así como se ha significado que los aspectos estrictamente comerciales que se refieran a los derechos de la personalidad susceptibles de ser objeto de comercio se regularán por el estatuto negocial, los atentados a los mismos quedarán bajo el amparo de la ley aplicable a la responsabilidad no contractual<sup>314</sup>.

**Art. 25. Nombres y apellidos.** 1. Los nombres y apellidos de una persona se rigen por la ley del domicilio en el momento de su nacimiento.

No obstante, en el momento de la inscripción del nacido, los padres de común acuerdo o quién de ellos ostente la responsabilidad parental, podrán determinar que el nombre y los apellidos se rijan por la ley nacional del interesado.

2. En todo caso, la declaración de nacimiento de una persona y su inscripción en los correspondientes registros caribeños se rige por la ley caribeña.

**233.** El régimen del nombre de las personas físicas ha sido tradicionalmente un aspecto vinculado bien a la ley personal, sea esta cual sea, ley nacional o ley del domicilio, bien a la ley de la relación jurídica en cuyo seno se plantea la determinación del nombre y, singularmente de los apellidos. En este sentido, cabría optar entre la ley personal y la ley rectora de las relaciones paterno-filiales, o la ley rectora de los efectos del matrimonio, por ejemplo, para determinar el régimen del nombre y los apellidos derivados de una relación de filiación o de una relación matrimonial.

La solución retenida se caracteriza, en primer lugar, por otorgar una respuesta basada en la ley personal, ley del domicilio y, en segundo término, por localizar temporalmente la ley del domicilio en el momento del nacimiento de la persona<sup>315</sup>. Se procede, pues a un tratamiento singularizado y unitario sometido a una única ley: esa ley única rige con independencia de los avatares del sujeto en cuestión (si contrae uno o varios matrimonios sucesivos, si cambia su filiación como consecuencia de una acción de reclamación o de impugnación de la misma, o como consecuencia de un reconocimiento voluntario de filiación...). Además, se resuelve el problema del llamado conflicto móvil: determinar cuál de las leyes personales rige la deter-

---

especial de un automóvil y autorizó al fabricante de las fotocopiadoras Xerox para que usara el seudónimo "Ángel azul" en un anuncio publicitario. La demandante alegaba la violación de los derechos de la personalidad de la fallecida; pedía el cese de las actividades descritas y la compensación por los daños causados, hasta entonces denegados por los tribunales alemanes en casos similares. El BGH tuvo que decidir sobre dos cuestiones fundamentales (a) si los derechos de la personalidad, además de proteger valores inmateriales, protegen también intereses económicos (b) si tales derechos se pueden o no transmitir a los herederos después del fallecimiento de su titular.

<sup>314</sup> Vid. *infra* comentario al art. 53 de esta Ley.

<sup>315</sup> CONC.: Art. 37 Ley DIPr suiza; arts. 37 a 39 Código DIPr belga; art. 13 Ley DIPr austriaca; art. 15 Ley DIPr polaca; arts. 12 a 15 Proyecto mexicano; art. 23 Proyecto dominicano; art. 19 Proyecto colombiano.

minación del régimen del nombre y los apellidos cuando la persona interesada haya poseído más de un domicilio a lo largo de su vida. La conexión domiciliar en el momento del nacimiento proporciona seguridad y estabilidad.

Desde esta perspectiva, la ley acoge, por un lado, y se aleja, por otro de alguna de las respuestas convencionales que recoge la codificación internacional en esta materia, señaladamente, el Convenio nº 19, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Munich el 5 septiembre 1980. Así por ejemplo, acoge la solución de retener la ley personal, como ley única y no dependiente de la relación jurídica en cuyo seno aparezca el problema del nombre<sup>316</sup>. Por otro lado, resuelve el problema del conflicto móvil en una forma distinta a la que prevé dicho Convenio, que opta por considerar aplicables sucesivamente las distintas leyes personales que el interesado pudiera tener a lo largo del tiempo. No sólo porque el domicilio es una conexión en cierto modo más fácil de cambiar que la nacionalidad, sino esencialmente por razones de estabilidad del nombre, la ley no concibe un cambio de régimen aplicable como consecuencia de un cambio de domicilio. De este modo, la estabilidad del régimen del nombre se ve reforzada; estabilidad que es un valor sustantivo evidente, entroncado, incluso con el derecho a la identidad y el respeto a los derechos humanos<sup>317</sup>.

**234.** También sobre esta última consideración, la solución principal de la Ley se ve, no obstante, acompañada de una posibilidad de acudir a una *professio iuris* a favor de la ley nacional de la persona interesada. Sin perjuicio de que el nombre y apellidos de una persona constituyen un elemento fundamental de su identificación en la sociedad en la que se integra y que, como tal, la aplicación de la ley de su domicilio se corresponde con una ley próxima, una ley conocida y una ley fácilmente identificable, existe también otra dimensión que no puede descartarse: el nombre y apellidos de una persona es un elemento fundamental de su personalidad y de su identidad personal y cultural que debe ser preservado en tanto que existe una indudable identificación psicológica, familiar y social del individuo con su nombre<sup>318</sup>. La ley de la nacionalidad de la persona física, una ley personal descartada como eje vertebrador de esta Ley, es una referencia básica en términos de vincu-

<sup>316</sup> Aunque en el caso del citado Convenio la ley personal elegida sea la de la nacionalidad y no la del domicilio.

<sup>317</sup> Los ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son numerosos. Aunque no pueda afirmarse radicalmente que la concepción favorable a la continuidad del nombre en función del interés de la persona sea absoluta (frente a supuestos en este sentido, STEDH 22 febrero 1994, *Burghartz*, o STEDH 19 febrero 2005, *Ünal –Tekeli*, los hay también que valoran en mayor medida el interés del Estado: STEDH de 7 diciembre 2004, *Mentzen alias Mencena*; STEDH 17 febrero 2011, *Golemanova*) sí existe una preponderancia del derecho a la identidad y a la continuidad del nombre cuando los intereses estatales que abogan por el cambio supongan un perjuicio importante para la persona, a quien se impide seguir utilizando un nombre con el que se siente identificado.

<sup>318</sup> M.A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, pp. 32–40.

lación identitaria; probablemente la referencia fundamental, siendo normal que las personas físicas se autocalifiquen o autodefinan como colombianos, venezolanos, cubanos... etc., en vez de hacer alusión al lugar donde residen. Esta es la razón de introducir un párrafo segundo en el que, sin ningún tipo de imposición –ya que la regla sigue siendo la conexión domiciliar en el momento del nacimiento– se introduce la posibilidad de una opción por la ley nacional de la persona interesada. Debido al hecho de que, también en aras a resolver los problemas planteados por un posible conflicto móvil, se localiza temporalmente esta ley en el momento del nacimiento, corresponde la opción a la persona o personas que ostenten la responsabilidad parental. En el caso de que sea más de una, la opción habrá de realizarse de mutuo acuerdo, sin que la falta de dicho acuerdo permita recurrir a otras instancias, como pudiera ser un juez u otra autoridad dirimente. En estos casos, lo dirimente es la regla general: aplicación de la descrita ley del domicilio.

Para el supuesto en que el interesado posea más de una nacionalidad, no debe existir ningún obstáculo en que la elección pueda versar sobre cualquiera de las nacionalidades que ostentara al momento del nacimiento. Ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de elección de la ley nacional no se arbitra por ser esta la más vinculada al supuesto analizado (en este caso el régimen del nombre y los apellidos), sino en virtud de su consideración fiel de ser la ley que en mayor medida representa la identidad cultural del interesado, de conformidad con su propia voluntad (obviamente, en este caso, la voluntad es de quienes ostentan la responsabilidad parental). En estas circunstancias no existe ningún tipo de factor que aconseje una restricción en el número potencial de leyes nacionales, como podría ser el de limitarlas a la de la nacionalidad efectiva o a la de la nacionalidad coincidente con la residencia habitual del individuo (algo que, por otro lado, vendría a vaciar de contenido la posibilidad de elección de ley, al estar cubierto el supuesto por la regla general). Hay que tener en cuenta que el supuesto ahora considerado se sitúa en el momento del de la inscripción

**235.** La norma no regula un típico problema que habitualmente surge en relación con el régimen del nombre y los apellidos: el de la ley aplicable a la cuestión previa de la que potencialmente dependa el régimen del nombre y los apellidos de una persona. Se trata de un clásico problema de funcionamiento de la norma de conflicto que ha sido objeto de agitada controversia doctrinal<sup>319</sup> pero que no ha encontrado demasiado refrendo en textos articulados<sup>320</sup>. Así, mientras que el concreto régimen jurídico del nombre y los apellidos queda inequívocamente resuelto por la ley de su

---

<sup>319</sup> Vid. los clásicos acercamientos de W. Wengler, “Die Vorfrage im Kollisionsrecht”, *RabelsZ*, 1934, pp. 148–251 y P. Lagarde, “La règle de conflict applicable aus questions préalables”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 459–484.

<sup>320</sup> Una excepción la aporta el art. 6 Ley DIPr venezolana, a cuyo tenor, “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regula esta última”. Como se ve, la regla es una regla abierta que no ofrece una solución taxativa.

domicilio en el momento del nacimiento, la filiación paterna o materna que pueda determinar el régimen de apellidos, o el matrimonio del que derive su posible modificación *ex lege* o por voluntad de uno de los cónyuges son aspectos que quedan al margen del ámbito de aplicación sustantivo del art. 25. Aunque en el Capítulo II del Título III de la presente ley no se hace alusión a ninguna solución expresa para el típico problema de la cuestión previa (*v.gr.*, qué ley se aplica a la filiación –cuestión previa– de la que depende la atribución de los apellidos –cuestión principal–) la respuesta más conforme con la estructura y principios de la presente ley está en la aplicación independiente de cada una de las leyes, sin interferencia de una sobre la otra. Es la consecuencia más evidente de lo dispuesto en el art. 64 de la Ley cuando ordena la aplicación de oficio de las normas de conflicto tanto de la presente ley cuanto de las contenidas en convenios internacionales suscritos por Caribe<sup>321</sup>.

**236.** Tampoco se extiende la norma en cuestiones relativas al régimen del cambio de nombre y apellidos. Sin perjuicio de la importante carga pública que alguno de estos cambios puede tener, donde la autoridad requerida ha de emitir una verdadera decisión sobre la solicitud de cambio de nombre y apellidos, hay que señalar que el art. 25 cubre también los supuestos en los que se produce un cambio de apellidos operado *ope legis* como consecuencia de un cambio en el estado civil de la persona interesada. El hecho de que, con carácter general, el estado civil se rija, también, por la ley del domicilio<sup>322</sup> facilita una posible coherencia jurídica y evita la potencial negativa consecuencia de aplicar dos leyes distintas a dos aspectos de una misma relación globalmente considerada.

No obstante, la aludida íntima relación entre autoridad competente y motivos para los cambios de nombres y/o apellidos probablemente requieran una necesaria correlación *forum-ius*, en función de la cual cada autoridad requerida para la autorización de un cambio de nombre y/o apellidos aplique su propia ley. Ello, en la práctica, puede conducir a que las autoridades caribeñas no sean aptas para autorizar un cambio de nombre y/o apellidos en los que no sea de aplicación su propia ley. Es decir, cuando no sean las autoridades del domicilio de la persona interesada en el momento del nacimiento. En estos casos, las cuestiones relativas al cambio de nombre y apellidos de una persona se dirimirán no como una cuestión de ley aplicable, sino como una cuestión de condiciones de reconocimiento del cambio autorizado por una autoridad extranjera. Resulta razonable en este caso, que no haya obstáculo para reconocer dicho cambio cuando haya sido autorizado por la autoridad del domicilio del interesado en el momento del nacimiento y que en el resto de supuestos (*v.gr.*, autorización del cambio de apellidos por parte de las autoridades nacionales del interesado) se proceda a una verificación caso por caso. Ello, en ausencia de una norma expresa, significa que la situación creada, conforme a un Derecho extranjero o de Caribe, por una autoridad que posea una competencia

---

<sup>321</sup> Una solución diferente es la prescrita por el art. 1 del citado Convenio de Múnich de 1980.

<sup>322</sup> *Vid. supra*, art. 24 de esta Ley y su comentario.

basada en criterios internacionalmente racionales y admisibles para autorizar un cambio de nombres o apellidos debería producir efectos en Caribe salvo que sean contrarios a su orden público<sup>323</sup>.

**Art. 26.** *Declaración de desaparición o de fallecimiento.* La declaración de desaparición o de fallecimiento se rige por la ley del Estado donde la persona tuviera su domicilio antes de su desaparición.

La administración provisional de los bienes del desaparecido se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio el ausente tuviera su domicilio y, si ésta no puede determinarse, por el Derecho caribeño.

**237.** La conexión utilizada en esta norma coincide con la empleada con carácter general en materia de capacidad y estado civil en la presente Ley modelo, lo que se corresponde con el encuadramiento sistemático de la ausencia y la declaración de fallecimiento entre las materias propias del estado civil<sup>324</sup>.

Conforme a la opinión más extendida en el panorama comparado la declaración de ausencia o fallecimiento queda comprendida en el estatuto personal. Si bien no faltan quienes resaltan las semejanzas entre estas situaciones y una modificación del estado civil o de la capacidad; con carácter general, cabe afirmar que el fundamento último de esta solución se encuentra en que se trata de situaciones que afectan al conjunto de la personalidad y de la condición jurídica del individuo, siendo un principio reconocido en todos esos ordenamientos que las situaciones de esta naturaleza se hallan sometidas a la ley aplicable al estatuto personal, ordenamiento con el que la persona física se considera más vinculada. Además, como ventajas adicionales de esta opción se destacan que hace posible un tratamiento conflictual unitario de todas estas situaciones y tiende a coincidir –sin duda, no siempre–, con la ley aplicable a las relaciones sobre las que se proyectan los efectos básicos de la declaración (sucesiones y familia).

La opción por el estatuto personal exige en todo caso su coordinación con el recurso necesario a la *lex fori* en lo relativo a las cuestiones procesales, cuya delimitación de las normas sustantivas se revela particularmente compleja en este ámbito.

**Art. 27.** *Sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada.* 1. Las sociedades comerciales y las empresas individuales de responsabilidad limitada se rigen por el Derecho de acuerdo con el cual se han constituido.

2. La ley aplicable a las sociedades comerciales y a las empresas individuales de

<sup>323</sup> *Vid.* la regla genérica del art. 5 Ley de DIPr venezolana.

<sup>324</sup> CONC.: Art. 41 Ley DIPr suiza; art. 41 Código DIPr belga; art. 22 Ley DIPr italiana; art. 14 Ley DIPr austriaca; art. 14 Ley DIPr polaca; art. 24 Proyecto dominicano; arts. 17–19 Proyecto mexicano; art. 25 Proyecto boliviano; art. 19 Proyecto uruguayo; art. 38 Proyecto colombiano.

responsabilidad limitada comprende:

- i) la existencia, capacidad y naturaleza de la sociedad;
- ii) el nombre y sede social;
- iii) la constitución, disolución y liquidación;
- iv) la composición, los poderes y el funcionamiento de los órganos sociales.
- v) las relaciones internas entre los socios y las relaciones entre la sociedad y los socios; así como los deberes de carácter societario de los administradores.
- vi) la adquisición, pérdida y transmisión de la calidad de socio;
- vii) los derechos y obligaciones correspondientes a las acciones o participaciones y su ejercicio;
- viii) la responsabilidad de socios y administradores por la infracción de la normativa societaria o de los Estatutos sociales;
- ix) el alcance de la responsabilidad frente a terceros de la sociedad como consecuencia de la actuación de sus órganos.

**238.** El art. 27 se ocupa de dos cuestiones esenciales para el DIPr de sociedades: por una parte la determinación de la ley personal de la sociedad (su *lex societatis*) y, por otra, del alcance de dicha ley; esto es, de la concreción de las materias que se regirán por esta *lex societatis*<sup>325</sup>. Se trata, sin duda, de una cuestión en la que no es fácil encontrar un adecuado punto de equilibrio entre los intereses de los distintos intervinientes en el tráfico y en el que las soluciones que se adopten en el marco de una organización internacional como es la OHADAC han de respetar las especificidades de la integración internacional, ajenas en principio a los planteamientos unilaterales que pueden ser adoptados en las normas producidas por el legislador interno.

**239.** En lo que se refiere a la determinación de la *lex societatis* se opta por la ley del Estado de constitución. Esta ley coincidirá en la mayoría de los supuestos con la de la sede social, entendida dicha sede social como sede formal o estatutaria; esto es la que consta en la escritura de constitución de la sociedad o en sus estatutos, dependiendo del Derecho del país de constitución. Este concepto en algunos países deberá ser sustituido por la oficina registrada<sup>326</sup>.

En los casos de sociedades de capital no se planteará ninguna duda sobre la determinación del Estado de constitución ni discrepancia alguna con la sede formal de la sociedad. En este tipo de sociedades la personalidad jurídica precisa la inscrip-

<sup>325</sup> CONC.: Art. 27 Código DIPr panameño; arts. 154 y 155 Ley DIPr suiza; art. 3087 (Cc Quebec); art. 25 Ley DIPr italiana; art. 1 Código DIPr belga; arts. 17–21; Ley DIPr polaca; art. 25 Proyecto dominicano; art. 26 Proyecto boliviano; art. 33 Proyecto uruguayo; art. 45 Proyecto colombiano.

<sup>326</sup> *Registered office, vid.*, por ejemplo, el art. 3.5.b) de la *Companies Act of Bahamas* de 1992, o el art. 168 de la *Companies Act of Barbados*: “A company must at all times have a registered office in Barbados”.

ción de la nueva sociedad en algún tipo de registro vinculado al poder público, por lo que será el Derecho del Estado al que pertenezca el registro el que determine la ley de la sociedad. Además, lo habitual será que la válida constitución de la sociedad precise que se fije la sede estatutario u oficina registrada en el Estado de constitución, por lo que ninguna duda debería existir en estos supuestos en la determinación de la *lex societatis*. Se trata de un criterio de fácil identificación que, además, responde tal como veremos a las exigencias del tráfico internacional.

Dos puntualizaciones deben realizarse: la primera es que la opción por el Derecho del Estado de constitución supone el abandono de una conexión de cierta tradición en el ámbito americano como es la nacionalidad de la sociedad, seguida en el Código de Bustamante (arts. 18 y 19 del Código: “Las sociedades civiles mercantiles o industriales que no sean anónima tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, en su caso, la del lugar donde radicare habitualmente su gerencia o dirección principal” –art. 18–; “Para las sociedades anónimas se determinará la nacionalidad por el contrato social y en su caso por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal Junta o el Consejo directivo o administrativo”). Como es sabido, la conexión nacionalidad proyectada a las sociedades plantea problemas pues no todos los Derechos determinan qué sociedades han de considerarse nacionales. Además la conexión nacionalidad obliga a adoptar un planteamiento unilateral que no es excesivamente apropiado en una normativa de origen internacional que ha de ser adoptada por una pluralidad de Estados. Resulta, por tanto, más conveniente eludir la referencia a la nacionalidad –que no deja de ser un rodeo– y abordar directamente la determinación de qué Derecho ha de regir la sociedad.

**240.** Las conexiones posibles en DIPr de sociedades son básicamente el Estado de constitución de la sociedad y el Estado donde la sociedad tiene su sede real. Entre las dos la Ley modelo opta por la primera ya que es ésta la que mejor responde a los intereses del tráfico internacional. La conexión “sede real” exige en primer lugar determinar dónde se encuentra dicha sede, ya que existen varias concreciones posibles de la misma (lugar donde se lleva a cabo la administración de la sociedad, donde se desarrollan principalmente las actividades de la sociedad o donde se encuentra el principal establecimiento de la sociedad). En segundo término, al basarse en circunstancias de hecho, la sede real puede mutar con mucha más facilidad que la sede formal, lo que no favorece la seguridad en las transacciones. Un cambio de sede real puede ocasionar que una sociedad perfectamente capaz antes del traslado deje de serlo tras éste, con las consecuencias que ello tiene para el régimen de los contratos y de las demás relaciones de la sociedad. Es por ello que resulta más adecuado optar por la conexión sede formal que, como hemos visto, coincide con el Estado en el que se ha constituido la sociedad.

El Derecho del Estado de constitución ha de interpretarse como el del ordenamiento que atribuye personalidad jurídica a la sociedad, con independencia de dónde se hayan realizado los actos previos precisos para el nacimiento de la sociedad.

De esta forma, no será imposible que la escritura de fundación de la sociedad o la redacción de los estatutos sociales se realicen en un Estado mientras que el registro de la sociedad se produce en otro. En estos supuestos lo relevante es la atribución de personalidad jurídica que realiza el Estado en el que se concluye el proceso de creación debiendo ser este Derecho el que valore la legalidad de las operaciones que se hayan realizado en otros Estados.

Se plantea un problema en aquellos casos en los que la constitución de la sociedad no haya concluido, por lo que no será posible en tales casos aplicar propiamente el Estado de constitución. Esta situación se dará en aquellos casos en los que se plantee la responsabilidad de la sociedad y de los fundadores por actos previos al nacimiento de la sociedad sin que ésta haya llegado a adquirir personalidad jurídica. En estos supuestos lo más adecuado sería defender la aplicación del Derecho que regiría la sociedad en caso de que finalmente se constituyera. El inicio de la constitución de la sociedad ya ha de incorporar elementos que permitan determinar en qué Estado se pretendía incorporar la sociedad y será ese Derecho el que deba tenerse en cuenta.

A las sociedades de personas deberá aplicárseles la misma solución: la *lex societatis* será la del Estado de acuerdo con cuyo Derecho se haya constituido la sociedad. Ahora bien, en el caso de las sociedades de personas puede darse que no resulte evidente cuál es el ordenamiento que ha sido utilizado para la constitución de la sociedad. Ante la ausencia de indicios sobre este extremo en el documento fundacional de la sociedad o en los que resultan relevantes para su nacimiento deberíamos optar por aquel Derecho que, de acuerdo con la voluntad presunta de los fundadores, haya sido el considerado para la creación de la sociedad. En el supuesto de que ningún Derecho pueda ser identificado de acuerdo con este criterio, lo que será realmente excepcional, deberá optarse por aplicar el Derecho que aparente tener un vínculo más significativo con la sociedad, presumiéndose que tal Derecho es el elegido por los fundadores para la constitución.

**241.** La enumeración de cuestiones regidas por la *lex societatis* incluye la existencia de la sociedad, su capacidad y naturaleza jurídica. Será el Derecho rector de la sociedad el que determine en qué momento adquiere personalidad jurídica y cuál es el tipo social y su naturaleza (sociedad de personas o sociedad de capital). La capacidad de la sociedad también se regirá por la *lex societatis*; esto no implica, sin embargo, que no pueda ser aplicada a las sociedades la excepción del interés nacional<sup>327</sup>, de acuerdo con la cual las personas incapaces de acuerdo con su ley personal pueden ser consideradas capaces en determinadas circunstancias de acuerdo con lo previsto en la ley del Estado donde se celebre el negocio respecto al cual quiere determinarse la capacidad. El régimen del nombre de la sociedad y la determinación de la sede social también se rigen por la *lex societatis*. La *lex societatis* también rige la determinación de quiénes son los representantes orgánicos de la sociedad y, por

---

<sup>327</sup> Vid. *infra*, el comentario al art. 50 Ley (*Incapacidad*).

tanto, de quienes pueden vincular a ésta con sus actuaciones (apartado ix del art. 27.2º). La representación voluntaria de la sociedad, en cambio, se determina por el Derecho que específicamente rija la representación.

**242.** La constitución, disolución y liquidación de la sociedad también se rige por la *lex societatis*. Será este Derecho el que determine los requisitos que habrán de cumplirse para la eficaz constitución de la sociedad. Tal como hemos visto, el Derecho que habría de regir la sociedad tras su constitución será también el que determine el régimen de la sociedad en constitución. La disolución y liquidación de la sociedad es también materia que sin discusión corresponde a la *lex societatis*. Ahora bien, esta aplicación de la *lex societatis* ha de coordinarse con la aplicación del Derecho rector de los procedimientos de insolvencia en los que pueda verse involucrada la sociedad. La aplicación de la *lex societatis* no ha de impedir la aplicación del Derecho rector de la insolvencia para la liquidación del patrimonio de la sociedad, si bien la liquidación de tal patrimonio no ha de conducir a la disolución de la sociedad más que si así lo prevé el Derecho rector de la sociedad.

**243.** La organización interna de la sociedad vendrá determinada también por la *lex societatis*. Será ésta la que determine cuáles serán los órganos sociales, su composición y funcionamiento así como las relaciones entre los órganos sociales, los socios y los administradores, además de las relaciones internas entre los socios. La referencia a las relaciones internas entre los socios ha de interpretarse como las relaciones entre los socios regidas específicamente por el Derecho de sociedades. Los pactos parasociales que puedan establecer los socios entre sí, dada su naturaleza contractual no han de regirse por la *lex societatis*, si bien el ámbito material de tales pactos será únicamente el permitido por las normas imperativas del Derecho rector de la sociedad. De esta forma, la *lex societatis* establecerá el marco de los pactos parasociales, pero no su régimen específico, a salvo de que la normativa rectora de los pactos (de carácter contractual como se acaba de indicar) remitan al Derecho rector de la sociedad.

Será también la *lex societatis* la que determine las obligaciones de socios y administradores de carácter societario. Esta previsión resulta especialmente necesaria en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores, ya que optar por una calificación societaria de tales obligaciones excluyendo que sea el Derecho rector del estatuto delictual el que resulte aplicado. Esta calificación societaria se limita, sin embargo, a las obligaciones de los administradores de carácter societario. Esto es, la responsabilidad que pueda generarse respecto a la sociedad por parte del administrador por actuaciones que no se encuentren relacionadas con sus obligaciones societarias no se regirá por esta *lex societatis* sino, previsiblemente, por la que resulte de la norma de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales<sup>328</sup>. Aquella responsabilidad que se derive de las obligaciones societarias, en cambio, se

---

<sup>328</sup> Vid. *infra*, art. 52.

regirá necesariamente por la *lex societatis*, tal como se hace explícito en el apartado viii) del art. 27.2º.

**244.** Finalmente, será también la *lex societatis* la que determine en qué forma se adquiere, pierde y transmite la condición de socio, así como los derechos y obligaciones que se derivan de las acciones y participaciones societarias. La aplicación del Derecho rector de la sociedad a este segundo aspecto (derechos y obligaciones derivados de las acciones y participaciones sociales) es una consecuencia de la proyección de tal Derecho sobre la organización y funcionamiento interno de la sociedad, con vínculos estrechos respecto a los derechos y obligaciones de los socios, al menos en lo que se refiere al régimen de las acciones.

La *lex societatis* también ha de regir la adquisición, pérdida y transmisión de la condición de socio, si bien hemos de distinguir cuidadosamente entre la adquisición, pérdida o transmisión y los negocios o actos jurídicos que implican tales variaciones en la relación entre la sociedad y una persona determinada. La *lex societatis* tan solo regirá qué requisitos son necesarios para adquirir, perder o transmitir la condición de socio; pero los negocios o actos precisos para tal mutación se regirán por su propio derecho. Así, será la *lex societatis* la que determine si es posible transmitir por vía contractual la condición de socio; pero en caso de que así sea el régimen del contrato será el determinado por la *lex contractus*, aunque en el caso de que la *lex societatis* establezca algún requisito específico para que la transmisión sea oponible a la sociedad tal requisito deberá ser cumplido con independencia de lo que establezca la *lex contractus*.

**Art. 28. Traslado de la sede social.** El traslado de la sede estatutaria de una sociedad comercial o de una empresa individual de responsabilidad limitada de un Estado a otro únicamente afectará a la personalidad en los términos permitidos por los Derechos de dichos Estados. En caso de traslado de sede estatutaria al territorio de otro Estado, la sociedad se rige por el Derecho de dicho Estado a partir de dicho traslado.

**245.** El art. 28 se ocupa del traslado de la sede estatutaria de la sociedad<sup>329</sup>. El traslado de la sede real no es objeto de regulación ya que, dado que no es criterio de conexión para determinar la *lex societatis*, su traslado carece también de relevancia conflictual. Podrá tener efectos en el ámbito fiscal o administrativo, pero no en el Derecho privado<sup>330</sup>.

El traslado de la sede estatutaria, en cambio, sí que tendrá consecuencias desde la

---

<sup>329</sup> CONC.: Arts. 161 a 163 Ley DIPr suiza; art. 112 Código DIPr belga.

<sup>330</sup> Vid. los artículos 226 a 231 del Código de Comercio de Costa Rica, donde se prevé el traslado de la sede a Costa Rica de sociedades extranjeras, entendida sede como lugar donde celebre sus reuniones el consejo de administración de la sociedad o donde está situado el centro de administración social (art. 231).

perspectiva del Derecho rector de la sociedad. Es habitual que los Derechos de los diferentes Estados obliguen a que la sede estatutaria se sitúe en el Estado de constitución<sup>331</sup>. De acuerdo con esto, por tanto, el traslado de la sede estatutaria no podrá realizarse sin la transformación de la sociedad, que dejará de regirse a través del traslado por el Derecho del Estado de origen para pasar a regirse por el Derecho del Estado al que traslada su sede estatutaria. Esta operación de transformación de la sede estatutaria ha de ser objeto de una detallada regulación material que permita, además, la coordinación entre los Derechos de origen y de destino de la sociedad. Es por ello que en el art. 28 se establece que la forma en la que el traslado afecte a la personalidad jurídica de las sociedades será la prevista por el Derecho de los Estados de origen y de destino. Esto es, el traslado solamente será posible si lo permiten tanto el Estado de origen como el de destino. Si alguno de los dos no autoriza la emigración o la inmigración de la sociedad por medio del traslado de su sede estatutaria tal transformación no será posible.

En este punto no se entra en la regulación en la que deberá hacerse el traslado que, como ya se ha indicado, no tiene carácter conflictual sino material<sup>332</sup> (. Esta regulación habrá de incluir tanto los trámites que han de realizarse en el Estado de origen para decidir el cambio de la sede estatutaria y la transformación de la sociedad como los precisos en el Estado de destino y también los mecanismos de cooperación entre las autoridades de uno y otro Estado.

**246.** El art. 28, en cambio, sí que se ocupa de forma específica de la forma en que el traslado de la sede estatutaria afecta a la *lex societatis*, previendo que tras el cambio la sociedad pasará a regirse por el Derecho del Estado de su nueva sede. Se trata, por tanto, de una excepción a la previsión del **art. 27** que establece la aplicación a la sociedad de la ley del Estado de constitución por lo que será necesario articular el Derecho al que remite el **art. 27** con el que resulta del art. 28.

En primer lugar, la constitución de la sociedad se regirá y deberá siempre regirse por la ley designada por el *art. 27* así como el funcionamiento de la sociedad con anterioridad al traslado. El Derecho del Estado al que se traslada la sede estatutaria no tiene vocación de aplicarse retroactivamente a las sociedades que hayan trasla-

---

<sup>331</sup> *Vid.*, v.gr., el art. 111 del Código de Comercio de Colombia, donde se exige que la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad se haga en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal, lo que solamente podrá cumplirse si tal domicilio se encuentra en la República de Colombia; idea que viene confirmada por el art. 469 de su Código de Comercio donde se establece que “son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior. El art. 18.10 del Código de Comercio de Costa Rica es aún más claro ya que prevé que en la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá constar el domicilio de la sociedad que “deberá ser una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones” o el ya citado art. 168 de la *Companies Act* de Barbados que exige que en todo momento deba existir una “*registered office*” de la sociedad en Barbados.

<sup>332</sup> *Vid.*, v.gr., los arts. 201 a 209 de la *Cayman Islands Companies Law* donde se regula la forma en la que una sociedad registrada en el extranjero puede transferir su sede a las Islas Caimán.

dado su sede estatutaria al extranjero. Será solamente a partir del traslado cuando las relaciones entre los órganos sociales y su funcionamiento, los derechos y obligaciones de socios y administradores así como la pérdida, adquisición y transmisión de la condición de socio se regirán por el Derecho de la nueva sede estatutaria de la sociedad, derecho que coincidirá con aquél que regirá la sociedad una vez producido el traslado y al que, por tanto, será preciso adaptar los estatutos y reglas de funcionamiento de la sociedad.

La articulación de los Derechos del Estado de origen y de destino de la sociedad plantea problemas específicos en lo que se refiere al proceso mismo de traslado de sede. En principio, será el Derecho del Estado de origen el que rija la adopción del acuerdo de traslado; pero ya debería ser el Derecho del Estado de destino el que se aplicara a la modificación de los estatutos sociales necesaria para adaptar la sociedad al Derecho del Estado de destino. Ciertamente, la previsión del art. 28 es la de que el nuevo Derecho solamente regirá a partir del traslado, pero deberá aplicarse de manera provisional a la modificación de los estatutos. Esta aplicación provisional ha de estar condicionada a la efectiva realización del traslado, por lo que la regla del artículo no se ve afectada. Es decir, la aplicación efectiva no se produce hasta el momento en el que se realiza el traslado, debiendo regirse el funcionamiento de la sociedad, las relaciones entre los órganos y los derechos y obligaciones de socios y administradores por el Derecho del Estado de origen hasta el momento en el que el traslado sea efectivo, incluso aunque ya se haya adoptado el acuerdo de transferencia del domicilio al extranjero. El artículo es claro en este punto para evitar las dudas que pudieran darse durante esta etapa de transición entre el Estado de origen de la sociedad y el Estado al que transfiere su sede.

**247.** El art. 28 establece la aplicación del Derecho del nuevo Estado una vez que se haya producido la transferencia de sede; esto es, no se prevé que tras la transferencia de sede estatutaria pueda mantenerse la aplicación de la *lex societatis* anterior. En la práctica existente lo habitual es que la transferencia de la sede estatutaria pretenda, precisamente, la transformación de la sociedad en una de las existentes en el Estado de destino y regida precisamente por ese Derecho, el del Estado de destino. Ahora bien, también ha habido supuestos en los que la voluntad de los promotores del traslado era la de mantener la aplicación del Derecho de origen de la sociedad (*vid.* en Europa el caso resuelto por el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 16 diciembre 2008, As. C-210/06, *Cartesio*). El art. 28 no admite esta posibilidad. La alternativa sería la de permitir que la sociedad decidiera entre la aplicación del Derecho de origen o de destino o bien remitir la solución a los Derechos de origen interno de los Estados implicados. Ambas soluciones son inadecuadas ya que o bien introducirían en la regulación un elemento extraño como es la voluntad de la sociedad o bien abriría la posibilidad de soluciones discordantes entre el Estado de origen y el de destino. Es por tanto, preferible, establecer con claridad que será el Derecho del Estado al que se traslada la sede el que regirá a la sociedad desde el momento del traslado.

No se trata, evidentemente, de reducir injustificadamente el alcance de la autonomía de la sociedad, que existe en un alto grado desde el momento en el que se permite que durante la vida de ésta se produzca una modificación de su régimen sin que se llegue a dar la disolución y reconstitución. Ahora bien, esta posibilidad de modificación del régimen societario durante la vida de la sociedad ha de ir acompañado de ciertas cautelas orientadas a proteger los intereses de los Estados implicados y la seguridad jurídica. En lo que se refiere al primer aspecto, los intereses de los Estados, ya hemos visto que la transferencia de sede solamente será posible cuando lo permitan tanto el Derecho del Estado de origen como el del Estado de destino. En lo que se refiere a lo segundo, la determinación clara del momento en el que la sociedad pasa de estar regida por el Derecho del Estado de inmigración, que coincide con el momento final de aplicación del Derecho del Estado de emigración, satisface las necesidades de un régimen internacional claro sobre este punto.

## SECCIÓN SEGUNDA

### RELACIONES DE FAMILIA

**Art. 29. Celebración del matrimonio.** 1. La capacidad para contraer matrimonio se regirá por el Derecho del domicilio de cada contrayente.

2. Los requisitos de fondo y forma de un matrimonio celebrado en Caribe se regirán por la ley caribeña.

3. Un matrimonio celebrado en el extranjero se reputará válido si lo es de conformidad con la ley del lugar de celebración o si es reconocido como tal por la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges.

**248.** El art. 29 de la Ley resume en tres reglas simples y de fácil aplicación la intrincada cuestión de la validez del matrimonio, distinguiendo entre el régimen jurídico del matrimonio celebrado en Caribe y el celebrado en el extranjero<sup>333</sup>. En el primer caso, además de la correspondiente cuestión relativa a la competencia de las autoridades de Caribe para autorizar un matrimonio, se plantea un problema de ley aplicable a los distintos aspectos que pivotan sobre la celebración y validez de un matrimonio: esencialmente, la capacidad para contraerlo, la forma de manifestación del consentimiento matrimonial y lo que podríamos llamar la ley aplicable al fondo del matrimonio. En el segundo caso, la norma se constituye no en una norma sobre

<sup>333</sup> CONC.: Art. 11 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 44 Ley DIPr suiza; arts. 46 y 47 Código DIPr belga; art. 3088 (Cc Quebec); arts. 27 y 28 Ley DIPr italiana; arts. 48 y 49 Ley DIPr polaca; art. 21 Ley DIPr venezolana (“La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el Derecho de su respectivo domicilio”); arts. 38 y 39 Código DIPr panameño; arts. 16 y 17 Ley DIPr austriaca; art. 27 Proyecto dominicano; arts. 38 a 40 Proyecto boliviano; art. 22 Proyecto uruguayo; art. 21 Proyecto colombiano.

la ley aplicable, sino en una norma que establece las condiciones de reconocimiento. Este esquema responde a una visión moderna del matrimonio en el Derecho internacional privado que distingue entre matrimonios nacionales y matrimonios extranjeros en función de la naturaleza de la autoridad celebrante (nacional o extranjera) y, consecuentemente, establece un también distinto régimen jurídico para cada uno de ellos: como se ha dicho, los primeros plantean problemas de ley aplicable, mientras que los segundos los plantean de reconocimiento<sup>334</sup>. La importancia de considerar válidamente celebrado un matrimonio trasciende a los meros aspectos de Derecho privado, donde el matrimonio es una institución nuclear de la que pueden derivar efectos para otras muchas cuestiones (nombre, alimentos, derechos sucesorios), para situarse incluso como pieza importante en la delimitación de la propia población de Caribe. La relación entre matrimonio y obtención de la nacionalidad de Caribe es clave en algunos sistemas<sup>335</sup>.

**249.** En consonancia con lo dispuesto en el **art. 23** de la presente Ley, la capacidad para contraer matrimonio se somete a la ley del domicilio de cada contrayente. Se trata pues de una solución que se articula de forma distributiva, de tal manera que es la ley del domicilio de cada uno de los contrayentes la que determina su singular capacidad. Obviamente, esta solución en términos de validez del matrimonio por razón de la capacidad de los contrayentes exigirá que ambas leyes consideren que dicha capacidad concurre para cada contrayente. Basta que cualquiera de los contrayentes carezca de capacidad de acuerdo con la ley de su domicilio para que tan vicio pueda determinar algún grado de ineficacia del matrimonio celebrado<sup>336</sup>.

La ley del domicilio rige así no solo las estrictas cuestiones de capacidad vinculadas, por ejemplo a la edad mínima para contraer matrimonio<sup>337</sup> o los supuestos en los que a pesar de tener esa edad mínima falte real capacidad para emitir un consentimiento veraz e informado (conurrencia de deficiencias o anomalías síquicas, que, no obstante serán objeto más de una apreciación fáctica que jurídica), sino también los llamados impedimentos matrimoniales que pivotan sobre circunstancias personales o familiares, tales como la imposibilidad de contraer matrimonio entre familiares vinculados hasta un cierto grado de parentesco. De nuevo, esta aplicación distributiva puede conducir a la frustración del matrimonio en aquellos casos en los que el impedimento sea de los llamados bilaterales (se articula en función de la relación con el otro cónyuge) y tan sólo sea previsto por una de las dos leyes. Así,

---

<sup>334</sup> Es la tesis fundamental de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el Derecho internacional privado español*, Navarra, Aranzadi, 2002, que tiene validez general, más allá de su concreta proyección sobre un sistema concreto.

<sup>335</sup> *Vid.* en este sentido el sistema de los territorios vinculados a la herencia británica en lo que atañe a Bermudas o Antigua.

<sup>336</sup> *Vid. infra*, **art. 32** y su comentario.

<sup>337</sup> Téngase en cuenta la norma especial contenida en el art. 2 del Convenio de Nueva York de 20 de diciembre de 1962 relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, en vigor en diversos países de Caribe.

*v.gr.*, si la ley de uno de los contrayentes vinculados por parentesco en tercer grado colateral (tía y sobrino) considera este tercer grado como un impedimento, habrá que concluir que no cabe la autorización del matrimonio aunque la ley del domicilio del otro contrayente no prevea tal obstáculo.

Corresponde también a esta ley establecer las circunstancias y condiciones en los que los impedimentos pueden ser “dispensados” así como bajo qué circunstancias y a quién le corresponde integrar la capacidad en los casos en los que falte. Este hecho no está exento de problemas en aquéllos supuestos en los que la ley del domicilio encarga a una específica autoridad la sustanciación de las solicitudes de dispensa, pues en función de los concretos casos, tal dispensa podría ser concedida por la equivalente autoridad caribeña (el foro) y en otros casos, serán los contrayentes los que habrán de obtenerla ante las extranjeras autoridades competentes. Debe retenerse, en todo caso, que muchos de los que pueden considerarse teóricamente impedimentos para contraer matrimonio son parte integrante del propio concepto o noción de matrimonio que es, en todo caso, el concepto de Caribe (del foro). Tal puede ser el caso del sexo o, en menor medida, del tradicional impedimento de ligamen.

Efectivamente, resulta discutible que el sexo de los contrayentes sea una cuestión a regular por la ley del domicilio de cada persona como si se tratase de uno de los impedimentos bilaterales a que se ha hecho alusión con anterioridad. La progresiva apertura de distintos ordenamientos jurídicos hacia la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo ha hecho que los supuestos en que tales matrimonios se celebren suelen reducirse al territorio (o los consulados, en su caso) de los países que lo reconocen. En la práctica no va a solicitarse la celebración del matrimonio entre dos hombres o dos mujeres ante una autoridad caribeña que no prevea tal matrimonio. Si se pretendiese reconducir dicha condición a una cuestión de capacidad, dos domiciliados en Argentina, o en Uruguay o en España, podrían reclamar tal posibilidad. Probablemente, en algunos supuestos entraría en funcionamiento el orden público de Caribe<sup>338</sup>, aunque tal recurso no es necesario. La cuestión del sexo de los contrayentes forma parte integrante del concepto y contenido del matrimonio del foro y, desde esta perspectiva, entra dentro del párrafo segundo de este art. 29, excepcionando también lo dispuesto en el **art. 23** sobre ley aplicable al estado civil, ya que, incluso descartando su calificación como cuestión de capacidad, no deja de ser sin duda alguna una cuestión de estado civil. Ha de tenerse en cuenta, en cualquier caso, que la celebración de este tipo de matrimonios podría no ser ajena a la práctica de Caribe, en función de que así se reconozca progresivamente por cada Estado de Caribe y, ya hoy, en función de principios como los de “concordancia” y de “reconocimiento” en los sistemas de herencia jurídica neerlandesa<sup>339</sup> o el princi-

---

<sup>338</sup> *Vid. infra*, comentario al **art. 68** de la presente Ley.

<sup>339</sup> *Vid.* los sistemas vinculados a la herencia holandesa, donde ciertamente se pone de manifiesto cierta oposición local en materia, precisamente del matrimonio entre personas del mismo sexo, respecto del cual los Países Bajos fueron pioneros en Europa.

pio de “identidad o de asimilación legislativa” en los países de herencia jurídica francesa<sup>340</sup>.

**250.** El recién aludido párrafo segundo regula los requisitos de fondo y forma de un matrimonio celebrado en Caribe y, de nuevo, se otorga una respuesta simple y plenamente coherente con la naturaleza de las cosas. Las autoridades de Caribe no pueden celebrar un matrimonio que no sea el suyo propio, por lo que tanto las cuestiones de forma, como las de fondo se someten a la ley de Caribe (ley del foro).

El primer aspecto, la forma de prestación del consentimiento matrimonial, no ofrece ninguna duda desde la perspectiva del matrimonio que va a contraerse: la consolidada regla *auctor regit actum* indica que cada autoridad se ajusta a su propia ley a la hora de cumplimentar o exigir las formalidades inherentes al acto para cuyo concurso es requerida. No es concebible que un matrimonio celebrado en una Notaría Especial del Ministerio de Justicia cubano o ante un Juez o un Notario del Círculo de uno de los contrayentes en Colombia, se someta a requisitos formales de un ordenamiento extranjero distinto del cubano, en el primer caso, o del colombiano, en el segundo. Las formas y solemnidades serán las de Caribe.

Menos absoluto es el sometimiento de la ley rectora del fondo del matrimonio a la ley local, pues serían imaginables otras soluciones, pero la recogida por el párrafo segundo del art. 29 que analizamos es la más adecuada. Por un lado, el “tipo de matrimonio” que una autoridad celebra es “el suyo”. Teniendo en cuenta la evolución en el concepto de familia y en el concepto de matrimonio –como una de las formas posibles en torno a la que organiza la familia– que ha habido en los últimos años en el Derecho comparado, ya no puede decirse, como antaño, que el matrimonio es una institución universal que sustancialmente significa lo mismo en cualquier lugar del mundo<sup>341</sup>. El matrimonio celebrado en Caribe es el matrimonio Caribeño y, por lo tanto, las condiciones de fondo, son las establecidas por la legislación caribeña. La presente regulación se aparta así de otras en las que los requisitos de fondo del matrimonio se someten potencialmente a leyes distintas de la ley del foro, pero concuerda con otras que optan por la misma solución<sup>342</sup>.

Entre estas condiciones de fondo hay que señalar, en especial, la relativa al sexo de los contrayentes, al que ya se ha hecho alusión y al contenido de su consenti-

---

<sup>340</sup> Vid. los sistemas vinculados a la herencia francesa. Francia ha reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de la *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

<sup>341</sup> Vid. la clásica cita de L. Raape, “*Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d’une explication pratique d’anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé*”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 50 (1934-IV), pp. 399-544, p. 511, donde con la locución “*mariage vaut mariage*” se venía postular un concepto único y universal de matrimonio que, sin duda, hoy no existe.

<sup>342</sup> En Cuba se aplica simplemente el Derecho cubano (vid. art. 13.1° y Disposición Especial Primera del Cc).

miento. Es este segundo aspecto de suma importancia, puesto que no es infrecuente que haya sido considerado tradicionalmente como vinculado indisolublemente a la ley personal de cada contrayente<sup>343</sup>. En un plano estrictamente lógico el consentimiento matrimonial, como requisito nuclear del matrimonio, sólo puede ser uno. Es decir, aquello que los contrayentes acuerdan no es otra cosa que constituir una unión con sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal. Y esas reglas sólo pueden ser unas y no plurales. Resulta un atentado a la lógica concebir la prestación del consentimiento matrimonial como una realidad asimétrica en la que cada uno de los contrayentes pueda consentir algo distinto de lo que consiente el otro, en función de que el consentimiento de uno se somete a su ley personal y el del otro a la suya. Ello no es posible. Es una especie de residuo tradicional de la fuerza expansiva de la ley personal que carece de fundamento. Así pues, el consentimiento matrimonial es unívoco y es el que prevé la ley de Caribe vinculado a su concepto de matrimonio.

**251.** Ello también es extensible a los posibles vicios del consentimiento y al más común problema del matrimonio celebrado mediante una simulación en el consentimiento. Los llamados matrimonios simulados son aquellos en los que la voluntad de los contrayentes no coincide con el consentimiento matrimonial manifestado. Las razones de esta práctica son múltiples, aunque entre ellas sobresalen las relacionadas con un intento de defraudar las normas sobre adquisición de la nacionalidad o las normas sobre la situación de extranjería de una persona. El control de este tipo de situaciones suele ser eminentemente fáctico y, en muchos casos, ajeno a una concreta normativa: se constata que los contrayentes (o los cónyuges, si la verificación se realiza *a posteriori*) no se conocían antes del matrimonio, no tuvieron ningún tipo de relación, no han convivido ni antes ni después de la celebración del matrimonio, etc., y de ello se deduce que hubo simulación. Sin embargo, un correcto tratamiento del tema exige una más escrupulosa verificación de la simulación, teniendo en cuenta, sobre todo, el hecho de que no está en tela de juicio un mero negocio jurídico sino uno que representa el ejercicio del *ius connubi*. Desde ese punto de vista, la existencia de reglas fijas o de meras presunciones con un mayor o menor grado de previsibilidad hace precisa la identificación de una ley aplicable más allá de la valoración meramente fáctica. En el caso del art. 29 que analizamos es la ley del foro para los supuestos de los matrimonios celebrados o por celebrar ante la autoridad de Caribe.

**252.** Concluye este artículo con una norma sobre el reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero. A pesar de la apariencia, se trata de una genuina norma de reconocimiento (y no de ley aplicable) que plantea un generoso abanico de posibilidades orientadas hacia la consideración de la validez del matrimonio con preferencia a su ineficacia. Mientras que en el matrimonio celebrado

---

<sup>343</sup> Consentimiento: Código de Bustamante art. 36 ley personal; *id.* Guatemala.

ante las autoridades de Caribe la regla es la aplicación de la ley del foro salvo en lo que atañe a la capacidad, tratándose de la validez de un matrimonio celebrado ante autoridades extranjeras, la norma se orienta hacia la validez del matrimonio mediante una triple posibilidad articulada de forma alternativa. El matrimonio es válido si se ajusta a la ley del lugar de celebración. La referencia es a una sola ley aunque pueden tenerse en cuenta sus normas de Derecho internacional privado. No tratándose propiamente de una *aplicación* de la ley del lugar de celebración por parte de las autoridades de Caribe, no es pertinente la regla de exclusión del reenvío prevista en esta ley<sup>344</sup>. De este modo, un matrimonio celebrado en el extranjero que sea válido aplicando la ley local y la ley personal para la capacidad por prescripción del propio sistema de Derecho internacional privado de la ley local habrá de reputarse válido para Caribe.

Y otro tanto puede decirse de las dos alternativas que se articulan al lado de la ley local extranjera: dos alternativas que pueden, según los casos, ser cuatro: la ley nacional de cada uno de los cónyuges y la ley del domicilio de cada uno de ellos. Se vuelve a tratar en este caso de una condición de reconocimiento que en vez de establecerse de forma unilateral por el Derecho de Caribe, se remite a todo un ordenamiento competente: si el matrimonio es válido para cualquiera de esas leyes, cualquiera que sea la ley o leyes aplicadas de forma efectiva a su celebración, el matrimonio ha de reputarse válido en Caribe. Es una generosa respuesta a los problemas que pueden plantearse con matrimonios claudicantes (válidos en un lugar e inválidos en otro) bajo el prisma de la estabilidad del estado civil y del derecho al respeto de la vida personal y familiar, así como al *ius connubi*. En todo caso, justo es recordar que este reconocimiento, por generoso que se plantee, no puede conceder eficacia a supuestos contrarios al orden público de Caribe, en cuya determinación vuelve a tener un papel importante (falta de una normativa específica sobre el tema) la interdicción de matrimonios simulados.

**Art. 30.** *Relaciones personales entre los cónyuges.* Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por la ley del domicilio conyugal común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio; a falta de dicho domicilio, por la ley de la nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio y, en su defecto, por la ley del lugar de celebración del matrimonio.

**253.** De un matrimonio válido surgen un haz de relaciones variado y heterogéneo. Algunas son esencialmente patrimoniales, mientras que otras no pueden recibir tal calificación. Entre estas las hay de distinta índole: efectos sobre los apellidos de los cónyuges o de alguno de ellos, efectos sobre el régimen de la filiación de los hijos habidos con anterioridad (*v.gr.*, legitimación por subsecuente matrimonio) o por haber (presunciones de paternidad del marido de la madre), obligaciones (al

---

<sup>344</sup> *Vid. infra*, art. 67 de la presente Ley.

menos formales), de convivencia, respeto mutuo, fidelidad, ayuda, etc. Alguno de estos efectos tiene su propio régimen jurídico en cuanto a la normativa aplicable: así, *v.gr.*, el régimen del nombre de las personas físicas se regulará, como ya hemos visto, por la ley establecida en el **art. 25** de la Ley; mientras que la filiación se registrará por lo prescrito en el **art. 35**. Otro tanto podemos decir de las relaciones patrimoniales a las que se refiere el **art. 31** de la presente Ley. Tanto la norma de conflicto reguladora de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges como la reguladora de las relaciones patrimoniales son preceptos genéricos (el primero más que el segundo) que ceden frente a los más específicos a que nos referimos<sup>345</sup>.

Desde un punto de vista de optar por criterios de conexión concretos, debe ponerse de manifiesto que en los ordenamientos jurídicos modernos que conciben el matrimonio como directa expresión de la voluntad de los cónyuges como personas autónomas y auto-responsables, siendo esta voluntad la determinante de su propia convivencia, la categoría de relaciones personales del matrimonio, como comprensiva de derechos y obligaciones impuestos por la ley, es ciertamente cuestionable<sup>346</sup>. Mas no debe perderse de vista que una ley de Derecho internacional privado ha de tener en cuenta toda una constelación de situaciones y concepciones distintas que puedan presentarse en el foro de no importa qué ordenamiento jurídico extranjero.

**254.** En este sentido, sea más o menos amplio el ámbito de aplicación del art. 30, no podemos dejar de señalar que tiene una importancia singular, puesto que constituye una especie de *estatuto general o ley aplicable al fondo del matrimonio* con trascendencia potencial en cuestiones como la disolución del mismo por declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o, incluso, en supuestos en los que haya de interpretarse una causa de separación o divorcio, allí donde la ley aplicable sea causalista. En efecto, la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges regulada por su ley personal –la de su domicilio, de conformidad con el **art. 26** de la presente Ley– regulará las condiciones para que tal declaración pueda producirse<sup>347</sup>, pero los efectos sobre otras relaciones jurídicas es más discutible que puedan quedar sin más bajo el amparo de aquella ley. Una de esas cuestiones es la de la disolución del vínculo matrimonial que el declarado fallecido poseía. No parece muy respetuoso con la igualdad que ha de presidir el matrimonio, desde su celebración hasta su disolución o extinción, que sea la ley personal del declarado fallecido la que decida unilateralmente sobre si ello supone y bajo qué circunstancias la disolución del vínculo matrimonial: ¿cuál su legitimidad cuando la regulación es, por

<sup>345</sup> CONC.: Art. 12 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 48 Ley DIPr suiza; art. 3089 (Cc Quebec); art. 48 Código DIPr belga; art. 29 Ley DIPr italiana; art. 18 Ley DIPr austriaca; art. 51–53 Ley DIPr polaca; art. 28 Proyecto dominicano; art. 43 Proyecto boliviano; art. 24 Proyecto uruguayo.

<sup>346</sup> M. Amores Conradi, “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicos de reglamentación”, *ADC*, vol. 40, nº 1, 1987, pp. 89–138.

<sup>347</sup> *Vid. supra*, comentario al **art. 26** de la presente Ley.

ejemplo, distinta de la ley personal del otro cónyuge? Tampoco, obviamente, sería justo que fuese precisamente la ley personal del cónyuge “presente” la definitiva de esta cuestión. Una ley neutra y estrechamente vinculada al matrimonio sería la opción óptima: la ley reguladora de las relaciones personales entre los cónyuges es esa ley.

Algo parecido podemos describir en relación con el segundo ejemplo. En aquellos casos en los que la ley aplicable al divorcio, de conformidad con el **art. 33** de la Ley posea un contenido material que haga referencia a alguna de las obligaciones conyugales típicas como causal del divorcio, al intérprete se le exige que interprete tales causales y se le abren dos posibilidades: hacerlo sin más, conforme a la ley aplicable al divorcio, o introducir a modo de interpretación lo dispuesto por otra ley: la ley reguladora de las relaciones entre los cónyuges. El art. 154.2º del Código civil de Colombia nos proporciona un ejemplo paradigmático cuando establece como causal “El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.” Efectivamente, siendo la ley rectora del divorcio la colombiana, pero la ley rectora de las relaciones personales entre cónyuges una distinta ¿cuál es la que nos determinará el contenido de esos *deberes* impuestos por ministerio de la ley? No es descabellado pensar que sean precisamente los que rigen las relaciones personales entre los cónyuges; los que los cónyuges conocen y a los que ajustan su comportamiento, aunque otra haya de ser la ley rectora del divorcio.

**255.** El art. 30 se constituye en este contexto, como un precepto que identifica la ley presuntamente más próxima al matrimonio. Utiliza para ello tres conexiones subsidiarias o en cascada que reflejan distintos criterios de proximidad. Sin duda ninguna, la ley del domicilio conyugal común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio es la más estrechamente vinculada con él pues no en vano coincide con la ley personal de ambos cónyuges. En ausencia de esta ley, es decir, cuando los cónyuges tienen un domicilio distinto tras la celebración del matrimonio, la regla opta por la ley nacional común en el momento de la celebración. De nuevo se trata de una ley próxima, teniendo en cuenta la ausencia de domicilio común y teniendo en cuenta que en términos de ley personal, la nacionalidad es la alternativa natural al domicilio<sup>348</sup>. En los supuestos en los que las peculiaridades del matrimonio determinen que no exista ni domicilio común inmediatamente posterior al matrimonio, ni nacionalidad común en el momento de su celebración, se opta por que las relaciones entre cónyuges se rijan por la ley del lugar de celebración. No es esta, claramente, una ley estrechamente vinculada al matrimonio. El lugar de celebración puede ser en muchos supuestos meramente casual o aleatorio, mas como conexión de cierre ante un grado de internacionalidad tan importante como el del

---

<sup>348</sup> Y que sigue siendo ley personal en distintos sistemas de la zona OHADAC: en los Departamentos y Colectividades Territoriales franceses en el espacio del Caribe, como consecuencia de la herencia francesa; *vid.* también la solución de Cuba y la República Dominicana.

matrimonio concreto (diferente nacionalidad de los cónyuges y diferente domicilio) cumple la función de otorgar la suficiente seguridad jurídica.

Debe retenerse, en último lugar, que con el fin de evitar los problemas derivados de un eventual conflicto móvil, es decir, el cambio ocasional de la circunstancia (domicilio, nacionalidad) que determina la ley aplicable, el art. 30 localiza temporalmente estas leyes en el momento inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio (domicilio común) o en el momento de la celebración (nacionalidad común). De esta manera, la ley rectora de las relaciones personales entre cónyuges se conocerá y será la misma desde la celebración del matrimonio, sin que un cambio en las aludidas circunstancias pueda modificarla. Aunque esta circunstancia pueda introducir un cierto grado de rigidez en la solución, la estrecha vinculación que se produce entre este precepto y el siguiente, relativo a las relaciones patrimoniales en el matrimonio, aconseja la solución rígida y previsible. Esta rigidez también se ve mitigada por la evolución de los distintos sistemas internos que se van orientando hacia soluciones basadas menos en normas de imperativo cumplimiento y más en la capacidad de los cónyuges para autorregular sus relaciones en función de sus intereses comunes.

**Art. 31. Relaciones patrimoniales en el matrimonio.** 1. Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regirán por cualquiera de las leyes siguientes, elegidas por los contrayentes antes de la celebración del matrimonio:

- i) la ley de la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes el momento de la designación;
- ii) la ley del domicilio de cualquiera de los contrayentes en el momento de la designación;
- iii) la ley del domicilio de cualquiera de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

La elección de cualquiera de estas leyes deberá ser expresa y constar por escrito y se referirá a la totalidad del patrimonio conyugal.

2. A falta de una tal elección, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por la ley aplicable a las relaciones personales de conformidad con el art. 31 de la presente ley.

3. Los cónyuges podrán convenir por escrito durante el matrimonio someter su régimen matrimonial la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos.

Esta elección no podrá perjudicar los derechos de terceros.

4. La ley rectora de las relaciones patrimoniales entre cónyuges de conformidad con los apartados anteriores, sea elegida o no, será la aplicable hasta que los cónyuges

ges no hayan elegido válidamente una nueva ley, con independencia de los posibles cambios en la nacionalidad o el domicilio de cualquiera de ellos.

**256.** Como ya se señaló en el comentario al **art. 30**, el concepto de relaciones patrimoniales entre los cónyuges tiene una naturaleza genérica y, consecuentemente, una gran amplitud en cuanto a su ámbito de aplicación. El haz de relaciones patrimoniales entre los cónyuges incluye las obligaciones de socorro y auxilio que se traducen en obligaciones alimenticias, constante el matrimonio o como consecuencia de una relajación o ruptura del vínculo matrimonial; el régimen matrimonial primario, regulador de temas tan importantes como la contribución a las cargas ordinarias del matrimonio, el deber de asistencia mutua, la solidaridad por las deudas asumidas para el sostenimiento común del matrimonio, reglas sobre la vivienda conyugal, etc.; también comprende los derechos sucesorios de índole patrimonial que pueda tener el cónyuge superviviente y, fundamentalmente, el llamado régimen económico del matrimonio. Algunas de estas relaciones poseen su propia ley aplicable: es el caso de las obligaciones alimenticias y de los derechos sucesorios, sometidos ambos a lo dispuesto en los **arts. 41 y 42-43**, respectivamente. Otras, como la relativa al régimen económico matrimonial, son el núcleo fundamental del presente artículo<sup>349</sup>. En cuanto al régimen matrimonial general o primario, resulta común que el fuerte carácter de orden público de sus normas conduzca a una aplicación territorial del mismo.

**257.** La estructura de las soluciones contempladas por el precepto comentado. 31 es próxima a la del Convenio de 14 marzo 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales<sup>350</sup> que está en vigor en distintos departamentos y territorios de Caribe en función de su participación en las obligaciones internacionales de la metrópoli<sup>351</sup>. De esta manera, al igual que el referido convenio la Ley parte de un reconocimiento esencial de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como criterio regulativo primario. No sólo es el que en mayor medida responde a la garantía de previsibilidad y seguridad jurídica, sino que combinado con otras posibilidades de elección de ley, como por ejemplo la prevista en materia de ley aplicable a los derechos sucesorios, puede servir para consolidar una unidad de ley aplicable muy deseable entre la ley sucesoria (rectora de los derechos que por ministerio de la ley le corres-

<sup>349</sup> CONC.: Art. 22 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; arts. 52 a 57 Ley DIPr suiza; arts. 3122-3124 (Cc Quebec); arts. 49 a 54 Código DIPr belga; art. 30 Ley DIPr italiana; art. 41 Ley DIPr panameño; art. 19 Ley DIPr austriaca; art. 29 Proyecto dominicano; art. 44 Proyecto boliviano; art. 25 Proyecto uruguayo; arts. 51 a 58 Proyecto mexicano; arts. 23 a 27 Proyecto colombiano; el art. 22 Ley de DIPr venezolana ha renunciado a integrar esta visión moderna de la autonomía conflictual.

<sup>350</sup> G.A.L. Droz, "Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (Entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 631 ss; A. Bonomi, M. Steiner (eds.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé. Actes du Colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, Ginebra, Librairie Droz, 2006.

<sup>351</sup> *Vid.* los sistemas vinculados a la herencia francesa.

ponden al cónyuge superviviente) y la ley rectora del régimen económico. Con ello se evitaría un eventual problema de inadaptación o desajuste bien conocido de la práctica comparada<sup>352</sup>.

**258.** La elección de ley puede realizarse en cualquier momento antes de la celebración del matrimonio y constante el mismo, bien para modificar una elección anteriormente realizada, bien para modificar la ley que resultare aplicable hasta ese momento de conformidad con la remisión que el art. 31.2º hace a la ley reguladora de las relaciones personales. Sin embargo, el alcance de la elección es distinto, ya se haga antes de la celebración del matrimonio ya con posterioridad. En el primero de los casos, el abanico de posibles leyes elegibles es mayor. Aunque siguen siendo leyes personales (la del domicilio o la de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges), su determinación temporal hace que cuando la elección de ley se hace antes de la celebración del matrimonio quepa elegir tanto la nacionalidad o domicilio *actual* de cualquiera de los contrayentes, como su domicilio *futuro* tras la celebración. Responde esta idea a los posibles cambios que puede conllevar el matrimonio.

La opción de elegir una ley futura posibilita que los contrayentes sometan sus relaciones patrimoniales, por ejemplo, a la ley de un futuro domicilio donde ambos (o uno de ellos de forma inmediata en espera del otro) localizarán su centro de vida o uno de sus centros de vida. Ciertamente, la elección de una ley futura (e incierta) siempre plantea la duda de su perfección: si se elige la ley del futuro domicilio de uno de los contrayentes y circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad de los cónyuges determinan un cambio de planes, ¿es válida la elección? La Ley opta por una solución fáctica. La elección no recae sobre un futuro domicilio planteado o deseado sino sobre uno que llega a ser real y efectivo, aunque no tiene por qué ser establecido de forma absolutamente inmediata. La propia filosofía de la elección en función de las circunstancias del cambio que implica la celebración del matrimonio hace que la elección resulte eficaz cuando uno de los cónyuges cambia al domicilio elegido dentro de un plazo prudencial tras la celebración del matrimonio. Si esto no sucede, la elección no tendrá efectos y la ley aplicable en ausencia de elección regirá los efectos patrimoniales del matrimonio.

También existe otra diferencia entre la elección efectuada antes de la celebración del matrimonio y la operada con posterioridad. En esta segunda, la elección no puede afectar a los derechos de terceros, de acuerdo con la ley que venía siendo aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Uno de los problemas que frecuentemente se plantean en relación con la sucesión de dos leyes aplicables al mismo supuesto de hecho es, precisamente, el de la determinación de su ámbito de aplicación o, siendo más precisos en el caso regulado por este art. 31, el de la eventual retroactividad de la nueva ley. El párrafo 4º, como se verá, no resuelve directamente esta cuestión. La lógica de la autonomía de la voluntad aconseja dejar

---

<sup>352</sup> Vid. la monografía de E. Zabalo Escudero, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993.

en mano de los cónyuges la determinación de esa “retroactividad” potencial de la nueva ley, pero, en todo caso, los derechos de terceros no podrán verse afectados, ni pro pasado, ni pro futuro. En el caso de que los cónyuges nada decidan, la lógica de la norma indica que cada ley aplicable tendrá un ámbito temporal de aplicación cerrado desde que está en vigor, la primera desde la celebración del matrimonio, hasta que deja de estarlo, en los supuestos ordinarios, por elección de la nueva ley.

Ello no significa que exista una total incomunicación entre las potenciales sucesivas leyes aplicables. Es casi imposible la compartimentación incomunicada entre ambas desde el momento en que se aplican a un mismo patrimonio de manera continuada: no es descartable por ejemplo que tras la vigencia de la nueva ley, con un posible cambio en el régimen económico matrimonial que venía rigiendo hasta entonces, uno de los cónyuges adquiera un bien utilizando tanto bienes adquiridos bajo el anterior régimen como bienes adquiridos bajo el nuevo. Resulta realmente difícil evitar este tipo de problemas de inadaptación o desajuste entre regímenes distintos aplicables de forma sucesiva. En la práctica, ante una disolución y liquidación del régimen económico como consecuencia de, por ejemplo, el divorcio o la muerte de uno de los cónyuges, lo más adecuado en los supuestos de sucesivos regímenes será proceder a una especie de liquidación retrospectiva del régimen al día del cambio de ley, a tener en cuenta los resultados de esa liquidación para conocer el estado de cosas al comenzar el nuevo régimen y, finalmente, liquidar este segundo.

**259.** Un supuesto no contemplado específicamente por la norma es el de la revocación de un acuerdo sobre ley aplicable sin su sustitución por un nuevo acuerdo. El supuesto será extraordinariamente infrecuente, aunque no puede descartarse. En este caso, la ley objetivamente aplicable, ley reguladora de los efectos personales del matrimonio, pasaría automáticamente a ser la rectora de los efectos patrimoniales y, consecuentemente, determinaría el régimen económico matrimonial.

Todos los acuerdos sobre elección de ley, ya sean anteriores a la celebración del matrimonio ya concluidos durante la vigencia del mismo, han de ser expresos, constar en forma escrita y referirse a la totalidad del patrimonio conyugal, por lo que no cabe una elección parcial. La diferencia de redacción entre el art. 31.1º *in fine* y el art. 31.3º de la Ley no implica que en el supuesto de este segundo no se exija también el carácter expreso y unitario o completo de la elección. Su admisibilidad viene directamente proporcionada por esta Ley y su posible tacha de ineficacia se resolverá de conformidad con la ley personal de cada uno de los contrayentes o cónyuges, si se tratase de un problema de capacidad, o de acuerdo con la ley elegida en otro caso.

**260.** Hay que tener presente que la elección de ley regulada en los distintos párrafos del art. 31 de la Ley no ha de confundirse con la posibilidad que los cónyuges tienen para regular material o sustantivamente su régimen económico mediante la elección del que estimen conveniente o mediante la celebración de capitulaciones

en las que, además de la determinación del régimen económico matrimonial, regulen con el detalle que estimen conveniente, cualquier tipo de cuestión relacionada con el gobierno del patrimonio matrimonial. Este tipo de acuerdos sustantivos dependerán, tanto en su admisibilidad cuanto en el alcance de su contenido, de lo que diga la ley aplicable que señale el art. 31 de la Ley mediante cualquiera de sus párrafos. Así, si los cónyuges deciden en capitulaciones matrimoniales elegir como régimen económico de su matrimonio el de gananciales, o el de separación de bienes o el de participación en las ganancias, esta elección será fiscalizada por la ley rectora de las relaciones patrimoniales. Ello no significa necesariamente que haya de elegirse un régimen económico especialmente previsto por esa ley, sino solamente que es la ley determinada por el art. 31 la que servirá para medir la validez del pacto.

**261.** El último párrafo del art. 31 de la Ley establece de forma didáctica que la aplicación de una determinada ley rectora de los efectos patrimoniales llega hasta que es sustituida por otra como consecuencia del ejercicio de la autonomía conflictual de los cónyuges, sin que ningún cambio en otro tipo de circunstancias pueda alterar dicha ley. En otras palabras, sólo la voluntad de los cónyuges puede alterar la ley rectora de sus relaciones patrimoniales y sólo lo hará desde el momento en que ese acuerdo rijan.

**Art. 32.** *Nulidad del matrimonio.* Sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de la presente ley, las causas de nulidad del matrimonio y sus efectos se regirán por la ley aplicable a su celebración.

**262.** La nulidad del matrimonio es un remedio que el ordenamiento jurídico prescribe para determinados supuestos en los que falta un presupuesto del concepto mismo del matrimonio (sexo de los contrayentes, exclusividad bilateral), o se han vulnerado impedimentos dirimentes (consanguinidad, orden religioso, adopción, crimen...) o esenciales requisitos de forma han estado ausentes en la celebración (autoridad competente, testigos...). Esta ejemplificación alerta de que los requisitos que pueden determinar la nulidad del matrimonio son plurales y pueden variar —de hecho varían— de un ordenamiento jurídico a otro. Incluso el propio concepto de nulidad es igualmente plural, encontrándonos con tipos distintos de la misma dentro de un mismo ordenamiento jurídico (nulidad absoluta o nulidad relativa, por ejemplo en Venezuela; nulidad absoluta, anulabilidad absoluta y anulabilidad relativa, por ejemplo en Bolivia) o un solo concepto de nulidad.

El ámbito de aplicación cubierto por el presente artículo se refiere a todos los supuestos en los que el matrimonio se puede ver afectado por su ineficacia, distintos de la declaración de separación judicial o de divorcio<sup>353</sup>. El término nulidad se emplea, así, en un sentido amplio para referirse a las consecuencias del incumpli-

---

<sup>353</sup> CONC.: Art. 30 Proyecto dominicano; arts. 64 y 65 Proyecto mexicano.

miento o mera no concurrencia de determinados requisitos que acompañan a la celebración del matrimonio y a cuestiones esenciales al mismo y que pueden determinar tanto su inexistencia, cuanto su nulidad o su anulabilidad en distintos grados, con potenciales distintas denominaciones.

**263.** Aunque el precepto se refiere exclusivamente a las causas y los efectos de la nulidad, hay que tener en cuenta que detrás de esta descripción se hallan también aspectos como los relativos a la legitimación para la interposición de la correspondiente acción. Legitimación que está estrechamente ligada a cada tipo de ineficacia que se pretende: así resulta común que la legitimación sea más amplia (cualquier interesado, Ministerio Público...) cuanto más grave sea el vicio o ausencia de requisito determinante de la nulidad (nulidad radical o absoluta, inexistencia del matrimonio); y más restringida cuanto menos grave sea dicho requisito y más próximo se encuentre de los conceptos de nulidad relativa, anulabilidad o incluso anulabilidad relativa. Otro tanto cabe señalar del carácter confirmable o subsanable del vicio y del carácter prescriptible de la acción para hacer valer la nulidad o anulabilidad. Se trata de cuestiones que se rigen también por la ley determinada por el artículo que analizamos, como cuestiones de fondo que son. No ocurre lo mismo con la eventual intervención del Ministerio Público cuando así lo prevea la ley de Caribe con genérica referencia a las acciones de naturaleza civil en que esté interesado el orden público y las buenas costumbres o con específica referencia a los procesos matrimoniales. La calificación de esta intervención ha de reputarse esencialmente procedimental y no de fondo, calificación esta última que, por otro lado, sería especialmente problemática en términos estrictamente prácticos.

**264.** Pasando a la solución concreta de ley aplicable, el art. 32 de la Ley consagra una solución simple, razonable en cuanto a la esencia de la nulidad matrimonial y común en el Derecho comparado: la ley rectora de la validez del matrimonio, que no es otra que todas aquellas que están llamadas real o potencialmente a disciplinar esta validez<sup>354</sup>. Ello obliga a distinguir, de nuevo, entre los matrimonios celebrados en Caribe y los matrimonios celebrados en el extranjero.

En el caso de los primeros, es la ley del domicilio de cada uno de los cónyuges la que nos dirá si el matrimonio se ha celebrado con infracción de algún requisito de capacidad que determine algún grado de ineficacia del matrimonio, quién puede hacerlo valer, durante cuánto tiempo, su eventual convalidación, etc.<sup>355</sup>. El resto de los aspectos potencialmente relevantes (autoridad competente, forma, consentimiento, presupuestos sustanciales del matrimonio, etc.) quedan bajo la aplicación de la ley de Caribe.

---

<sup>354</sup> Es, por ejemplo, la solución genérica que prevé el Código de Bustamante en su art. 47: "La nulidad del matrimonio debe regularse por la misma ley a que esté sometida la condición intrínseca o extrínseca que la motive". Sin perjuicio de ello, el Código plantea adicionales provisiones específicas.

<sup>355</sup> *Vid. supra*, comentario al art. 29.2º de la presente Ley.

Los matrimonios celebrados en el extranjero sin embargo sujetan su validez, como hemos visto, a un esquema muy potente de *favor matrimonii*<sup>356</sup>. Por esta razón la determinación de la ley aplicable a la nulidad matrimonial se articula de forma distinta: la causa de nulidad prevista por una de las leyes potencialmente aplicables a la validez del matrimonio no es por sí misma relevante, si es desconocida por cualquier otra: que el matrimonio sea nulo para la ley del domicilio o de la nacionalidad del marido, por ejemplo, no determinar su nulidad y la ley de la nacionalidad de la esposa o la de su domicilio no prevé dicha nulidad. En otras palabras, la fortaleza del *favor matrimonii* en los matrimonios celebrados en el extranjero sólo decae en materia de nulidad cuando ninguna de las leyes potencialmente aplicables considere válido el matrimonio.

**265.** Esta última constatación nos lleva a plantear uno de los problemas interpretativos más comunes en materia de ley aplicable a los efectos de la nulidad matrimonial: la existencia de una pluralidad de leyes que prevén dicha nulidad. Mientras que este dato puede no ser relevante a los efectos de la constatación de la nulidad (un matrimonio es nulo tanto si dicha nulidad está prevista por una ley determinada como si está prevista por dos leyes distintas), sí lo es cuando se trata de determinar sus efectos y los efectos son distintos en cada ley potencialmente aplicable. Esta circunstancia se daría siempre y en todo caso en los supuestos de declaración de la nulidad de matrimonios celebrados en el extranjero (pues su validez no está amparada ni por la ley de celebración, ni por las leyes personales de los cónyuges, ni por las de su nacionalidad), pero también puede ocurrir con los matrimonios celebrados en Caribe, cuando, por ejemplo, haya vicios conducentes a la nulidad tanto previstos por la ley de Caribe, cuanto por la ley personal de alguno de los cónyuges (o de ambos). ¿Cuál es la ley rectora de los efectos de la nulidad en estos casos? Ciertamente, podría pensarse en una ley rectora de la propia nulidad y una distinta rectora de sus efectos<sup>357</sup>, o que, sencillamente, la categoría de efectos de la nulidad no tiene entidad propia a la vista de que raramente podrá identificarse un efecto que no esté sometido a una ley especialmente considerada<sup>358</sup> pero ninguna de las opciones es una solución que expresamente asuma la Ley que ahora se analiza.

La respuesta a la pregunta planteada y, consecuentemente, su trascendencia presupone una opción sobre la delimitación entre el ámbito de aplicación del art. 33 y el resto de los preceptos que pueden resultar igualmente de aplicación: ley aplicable a la filiación respecto de las consecuencias para los hijos del matrimonio; ley aplicable a los alimentos, respecto de obligaciones alimenticias (tanto respecto de los hijos, cuanto, eventualmente, respecto del que fue cónyuge), ley aplicable al régimen de los apellidos cuando éstos dependan o puedan depender de la existencia de

<sup>356</sup> *Vid. supra*, comentario al art. 29.3º de la presente Ley.

<sup>357</sup> *Vid.*, v.gr., el art. 50 del Código de Bustamante.

<sup>358</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2013, p. 430.

un matrimonio, ley aplicable a los derechos sucesorios, etc. La regla ha de ser que estos estatutos especiales se rijan por su propia ley. Esta opción por la especialidad es la regla que gobierna en general las relaciones entre las distintas normas de conflicto de esta Ley.

Dicho esto, no hay que considerar baladí la reglamentación del art. 32. En primer lugar, porque no es descartable que alguno de los efectos pretendidos no sea claramente encajable en las normas de conflicto a disposición en esta Ley. Y, en segundo lugar, porque en ocasiones existe un vínculo expreso entre la ley rectora del efecto y la de la propia nulidad. Es lo que ocurre con lo dispuesto en el **art. 41.3º** de la presente Ley: “La ley aplicable a la nulidad matrimonial, separación conyugal y divorcio, regirá las obligaciones alimenticias resultantes de tales situaciones”. En este caso, la pluralidad de leyes aplicables a la nulidad matrimonial presenta un problema real que no es de fácil de resolver en términos estrictamente formales: una opción, fundamentada en el principio del *favor matrimonii* (descartado, por otro lado, por la propia nulidad) sería preferir aquella de las leyes en presencia que más “efectos” conservase del matrimonio. En el caso que nos ocupa, la que concediese alimentos en detrimento de la que no los concediese. No obstante, si tenemos en cuenta que la norma que ahora interpretamos (**art. 40.3º** de la Ley) no está condicionada por ningún tipo de *favor creditoris*, sino todo lo contrario, otra opción, quizá más fiel a la finalidad de dicha norma, sería aplicar la ley más estrechamente vinculada con los excónyuges.

**Art. 33. Divorcio y separación judicial.** 1. Los cónyuges podrán convenir por escrito antes o durante el matrimonio en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

- i) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su domicilio común en el momento de la celebración del convenio;
- ii) la ley del Estado del último lugar del domicilio conyugal, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;
- iii) la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio.

2. En defecto de elección, se aplicará la ley del domicilio común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; en su defecto, la ley del último domicilio conyugal común siempre que al menos uno de los cónyuges aún resida allí; en su defecto, la ley caribeña.

3. Una vez presentada la demanda, los cónyuges podrán decidir que la separación conyugal o el divorcio se rijan por la ley caribeña.

**266.** La determinación de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial está presidida por dos de los principios esenciales que gobiernan las soluciones de

la Ley en materia de persona, familia y sucesiones: la importancia de la autonomía de la voluntad, por un lado, y, en su ausencia, la aplicación de una ley estrechamente vinculada con el supuesto, partiendo, en primer lugar, de la ley personal o ley del domicilio de las personas físicas<sup>359</sup>.

En esta estructura, la primera opción es la concesión a los cónyuges de la posibilidad de que elijan la ley aplicable a su divorcio y/o separación. En un contexto internacional en el que la movilidad de las personas se ha convertido en algo trivial y en un contexto socio familiar en el que el matrimonio ha experimentado una profunda metamorfosis, siendo las crisis matrimoniales, (nulidad, pero, sobre todo, separación y divorcio) una realidad cotidiana, uno de los más evidentes objetivos que ha de asegurar la selección de la ley aplicable es encontrar el equilibrio adecuado entre la flexibilidad y la seguridad jurídica para los cónyuges. La autonomía de la voluntad es el instrumento óptimo. Por un lado, permitir que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial la de un país con el que tengan una cierta vinculación los coloca en un confortable marco jurídico al abrigo de sorpresas que deriven de la aplicación de una ley no esperada o imprevista. Por otro, la flexibilidad que la autonomía de la voluntad ofrece hace que un cambio de circunstancias en la vida conyugal o familiar pueda ser asumido y tratado convenientemente a través de un cambio en la selección de la ley aplicable. En este sentido, razones prácticas aconsejan que el convenio de designación de la ley aplicable pueda celebrarse y modificarse a más tardar en la fecha en la que se interponga la demanda ante el órgano jurisdiccional. Tras este momento la elección sólo podrá efectuarse a favor de la ley de Caribe; ley del tribunal que esté conociendo del caso<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> CONC.: Art. 14 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 61 Ley DIPr suiza; art. 3090 (Cc Quebec); arts. 55 a 57 Código DIPr belga; art. 31 Ley DIPr italiana; art. 54 Ley DIPr polaca; art. 43 Código DIPr panameño; art. 20 Ley DIPr austriaca; art. 31 Proyecto dominicano; arts. 60–63 Proyecto mexicano; art. 48 Proyecto boliviano; art. 26 Proyecto uruguayo; Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la

de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

<sup>360</sup> La conjunción entre elección de ley (ciertamente limitada de forma apriorística a un elenco predeterminado) y ley aplicable en defecto de elección es claramente una respuesta moderna que puede encontrarse tanto en la más reciente normativa de la Unión Europea como en textos nacionales que terminan afectando a países y territorios de Caribe. *Vid.* en tal sentido el Reglamento (UE) n° 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (arts. 5 y 8 principalmente) que afecta a los Departamentos y territorios de herencia francesa (*vid.* el Informe sobre la herencia francesa y téngase en cuenta la matización que allí se hace sobre Saint-Barthélemy que salió del territorio UE al 1 de enero de 2012: debe recordarse que este Reglamento entró en vigor el 30 de diciembre de 2010, aunque no fue de aplicación hasta el 21 de junio de 2012). *Vid.* también, en relación con algunos territorios sujetos a la herencia holandesa, el art. 10.56 del Código civil neerlandés. *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, “La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Revista Jurídica Española La Ley*, n° 7912, 2002.

**267.** Esta posibilidad de elección tiene que basarse en una elección informada, no meramente casual o presunta; una elección bilateral por ambos cónyuges, de tal manera que cada uno de ellos sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas, económicas y sociales de la elección de la ley aplicable. La elección de común acuerdo de la ley aplicable ha de ser, además, libre y estar ausente de cualquier tipo de error o coacción, sin que pueda afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges. En este sentido, parece razonable limitar de forma apriorística el elenco de leyes potencialmente elegibles en torno a las leyes personales de los cónyuges: la del común domicilio en el momento de la conclusión del acuerdo de elección de ley; la del último domicilio conyugal si uno de los cónyuges aún reside allí en el momento de la conclusión del acuerdo y la ley de la nacionalidad común si los dos anteriores criterios no son aplicables. Nótese que la alusión al último domicilio conyugal ha de referirse, en función de la sistemática del precepto, al último domicilio común. Nótese también que las leyes potencialmente elegibles se localizan temporalmente en el momento de la elección; es decir, es posible que los cónyuges hayan tenido un domicilio común durante gran parte de su vida matrimonial, pero durante ese tiempo no optaron por elegir tal ley a su separación o divorcio, dicha posibilidad decae cuando desaparece el domicilio común.

Otro dato a tener en cuenta en este mismo sentido es no solo que la Ley no abre ilimitadamente la posibilidad de elección sino que los límites impuestos están abriendo la elección a leyes realmente muy próximas. Se ha optado por realizar una oferta de leyes realmente próximas, pero todas ellas vinculadas a *ambos cónyuges* en presente o en pasado (*v.gr.*, referencia al último domicilio conyugal), de tal manera que cuando no concurren ninguno de los criterios que se ofrecen (los cónyuges no tienen domicilio común, ninguno sigue residiendo en el domicilio común que tuvieron y poseen una nacionalidad distinta) la elección de ley no será posible. El equilibrio entre el predominio de los intereses privados (elección de ley) y públicos hace que, en todo caso, la ley rectora de la separación y el divorcio sea una ley estrechamente vinculada con el matrimonio.

**268.** También resultado de la importancia que la Ley concede a la necesaria toma de conciencia por parte de los cónyuges es la exigencia de que el acuerdo de elección de ley se celebre por escrito. Este requisito formal incorpora la necesidad de que dicho acuerdo esté fechado y dé fe de la conformidad de ambos cónyuges. La fecha es una consecuencia indefectible de la limitación del número de leyes potencialmente aplicables en un momento crítico determinado. La *admisibilidad* del acuerdo de elección de ley deriva directamente de la Ley y no puede someterse a ninguna otra condición o requisito. Ello no excluye ni la eventual operatividad de la ley personal de cada cónyuge en orden a la determinación de su capacidad, ni la aplicación de la propia ley elegida a cuestiones tales como la concurrencia de error, violencia, intimidación, etc., en la conclusión del acuerdo por el que se elige la ley aplicable a la separación o el divorcio.

**269.** En ausencia de pacto, se prevé una ley aplicable igualmente vinculada con los cónyuges, alrededor de la ley personal: la ley del domicilio común en el momento de presentación de la demanda, o del último domicilio conyugal común siempre que un cónyuge aún resida allí y, en defecto de ambas, la ley de Caribe. Ley ésta que en todo caso podrá ser elegida en el propio proceso, excluyendo las que hasta ese momento resultasen aplicables de forma objetiva. La aplicación de la ley del foro a la separación y el divorcio es, por otro lado, una de las grandes opciones del Derecho internacional privado comparado<sup>361</sup>. Por otro lado, si reparamos en que las soluciones de este art. 33 están en cierta consonancia con las que se arbitran sobre la competencia judicial internacional de los tribunales de Caribe, deberemos concluir que no será infrecuente la aplicación de la ley propia en foro propio.

**270.** La ley rectora de la separación o el divorcio, sea elegida o aplicable de forma objetiva, regirá las causas y condiciones del divorcio o de la separación, los períodos de tiempo, si es que existen, que puedan ser precisos para solicitar la separación o el divorcio, o para solicitar la transformación de la separación en divorcio, la posibilidad de que se declare la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, la carga de la prueba en el caso de que se apele a causales determinadas, etc. Esta ley aplicable es genérica, respecto de otras leyes previstas por la presente Ley, de tal forma que no cubrirá los aspectos relativos a la capacidad jurídica de los cónyuges, la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio objeto de separación o de divorcio; la nulidad o anulación del matrimonio; las posibles consecuencias que la separación o el divorcio traigan sobre el nombre y apellidos de los cónyuges; las consecuencias patrimoniales de la separación o el divorcio; las consecuencias que sobre los hijos pueda deparar la separación o el divorcio; las obligaciones alimenticias, con exclusión de las que se establezcan entre los cónyuges con ocasión o tras la separación o el divorcio<sup>362</sup>; o los derechos sucesorios que pudiera tener cada cónyuge respecto del otro.

**271.** En todo caso, es conveniente precisar que sea cual sea, la ley aplicable no puede obligar a una autoridad de Caribe a pronunciar el divorcio o la separación de un matrimonio que consideren inexistente o no válido a los efectos de la separación o el divorcio. Tal sería, por ejemplo, el caso de la solicitud de separación o divorcio de dos cónyuges del mismo sexo, con domicilio común en Caribe que eligieron como ley aplicable a su divorcio la del país en que contrajeron matrimonio y que era su domicilio común en el momento de la elección. Aunque es posible que la

---

<sup>361</sup> *Vid.*, v.gr., L. Pålsson, "Marriage and Divorce", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III, cap. 16, 1978, hablando del "strong power of attraction" de la *lex fori* en sistemas basados en la ley personal. Y lo cierto es que esta fuerza de atracción lleva a que la ley de foro sea en ocasiones la principal ley: el ejemplo del citado art. 10:56 del Código civil neerlandés que, antes de dar entrada a la autonomía de la voluntad prescribe que "Whether a dissolution of a marriage or a legal separation can be decreed and on which grounds, shall be determined by Dutch law".

<sup>362</sup> *Vid. infra*, comentario al art. 40.

excepción de orden público prevista en el **art. 68** de la presente Ley no pudiera ser propiamente aplicada a las normas sobre separación o divorcio previstas por la ley extranjera (pensemos en que se trata de una ley cuyos causales de divorcio son considerados en abstracto equivalentes a los de la ley de Caribe), el hecho mismo de encontrarnos ante una realidad que la ley de Caribe no reconoce, influiría determinadamente en la desestimación de la solicitud.

**Art. 34. Uniones no matrimoniales.** 1. La ley del lugar de la constitución de las uniones no matrimoniales registradas o reconocidas por la autoridad competente registrará las condiciones de constitución o registro, los efectos sobre los bienes de la unión y las condiciones de disolución de la unión no matrimonial.

2. Los convivientes podrán convenir por escrito durante la vigencia de la unión someter su régimen patrimonial a la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos.

Esta elección no podrá perjudicar los derechos de terceros

3. Todo efecto de la unión que no tenga atribuida una solución específica por la presente ley se someterá a la ley de la residencia habitual de los convivientes.

**272.** Una Ley de DIPr moderna no puede hacer abstracción de un fenómeno cada vez más común, cual es la relación familiar entre dos personas al margen de la institución matrimonial, pero con una relación de afectividad y de proyecto de vida similar o próximo al del matrimonio tradicional<sup>363</sup>.

Contrariamente a lo que ocurre –o venía ocurriendo<sup>364</sup>– con el matrimonio, respecto del cual hasta hace muy poco tiempo existía una comunidad conceptual y, en cierto modo, institucional en el Derecho comparado (la excepción más notable era el llamado matrimonio poligámico al que se ha sumado recientemente el matrimonio entre personas del mismo sexo), la realidad de las uniones estables de pareja es heterogénea: desde la misma definición de su limitación a parejas de distinto sexo, del mismo sexo o sin definición por razón de sexo u orientación sexual, hasta los efectos de su reconocimiento, más o menos próximos –a veces, simplemente, similares– a los del matrimonio, pasando, obviamente, por las condiciones para considerar dichas uniones como realidades con trascendencia jurídica más allá de su evidente realidad meramente fáctica.

No puede perderse de vista tampoco que en muchos de estos casos el respeto por la libertad de las personas para no unirse en torno a institución reglada alguna (el

<sup>363</sup> CONC.: Art. 3090.1, 2 y 3 (Cc Quebec); art. 60 Código DIPr belga; art. 42 Proyecto boliviano; art. 27 Proyecto uruguayo.

<sup>364</sup> Ciertamente ya hemos puesto de manifiesto (*vid. supra* comentario al **art. 29** de la presente Ley) que la propia institución matrimonial está sujeta hoy en día a una cada vez más acusada nota de heterogeneidad en Derecho comparado.

matrimonio o incluso una unión estable “típica”) ha de ser tenido muy en cuenta, al tratarse de una cuestión inherente al libre desarrollo de la personalidad; derecho fundamental inalienable y con efectos muy profundos en la regulación de las cuestiones que afectan a la persona, la familia, el estado civil, etc. Esta idea alerta sobre el tratamiento posible de este heterogéneo conjunto de realidades próximas y diversas a un tiempo: ¿son individualizables para el Derecho o se trata más bien de un haz de relaciones que puede hacer abstracción de esa individualización? La libertad de los unidos de forma estable para no acogerse a la oferta típica –el matrimonio u otra institución igualmente típica– que les hace el ordenamiento jurídico ¿les hace inmunes a cualquier otro tipo de constreñimiento institucional? Esta dualidad básica (libertad–sometimiento a reglas jurídicas) no solo afecta a los aspectos sustantivos (regular positivamente las uniones estables, mediante un conjunto de normas, o no hacerlo), sino también al DIPr y, más en concreto, a la determinación de la ley aplicable: ¿se precisa una ley general rectora de las uniones estables no matrimoniales o cada una de las leyes aplicables a otras cuestiones es suficiente para disciplinar los problemas entre los convivientes?<sup>365</sup>

**273.** La Ley de Caribe opta por una solución moderada, no interviniendo más allá de donde la práctica lo hace necesario. Por un lado, es consciente de que cada vez existe una reglamentación más especializada en el Derecho comparado respecto de estas figuras. Es decir, cada vez son más individualizables, más típicas en términos jurídicos. Ello debe conducir a su individualización también en términos de ley aplicable. Mas, al lado de esta exigencia, igualmente se toma conciencia de que muchas de las normas de conflicto potencialmente aplicables a las relaciones y los efectos de una unión no matrimonial, aunque no estén concebidas pensando en estas situaciones, se adaptan perfectamente a la problemática de estas: la ley rectora de las obligaciones alimenticias no tiene por qué distinguir entre los alimentos debidos como consecuencia de una relación subyacente de tal o tal tipo: conyugal, paternofilial, de otro tipo de parentesco, o, simplemente derivados de una unión no matrimonial; la determinación de la filiación natural o de la filiación adoptiva, las relaciones paternofiliales, la protección de los hijos habidos dentro de una unión no matrimonial... son aspectos que no tienen por qué recibir una respuesta distinta a la que recibirían si los padres están casados, se trata de una familia monoparental, o los padres no están casados, tengan o no una convivencia de pareja estable que les haga entrar dentro de la categoría que ahora analizamos. Otro tanto sucede con los derechos sucesorios, donde la opción que se hace a favor de la ley del último domicilio del causante hace abstracción de las relaciones jurídicas en las que ésta ley pueda basar la atribución de derechos sucesorios.

---

<sup>365</sup> Vid. S.A. Sánchez Lorenzo, “Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLI, nº 2, 1989, pp. 487–532; *id.*, “El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, pp. 207–230.

No obstante, existen aspectos nucleares de las uniones estables no matrimoniales que o bien no están reguladas por norma de conflicto alguna o bien las normas de conflicto existentes no se muestran aptas para otorgar respuestas satisfactorias. Entre estas segundas se encuentra la relativa al régimen jurídico de los bienes que pudieran imputarse razonablemente a la unión. Algo similar a lo que al matrimonio sería su régimen económico. La opción en este caso por no establecer norma alguna y rendir a la genérica sobre régimen de bienes singularmente considerados, al margen de la existencia de un verdadero patrimonio, implicaría el sometimiento de estos a la ley del lugar de situación (*lex rei sitae*), tal cual prescribe el **art. 58** de la presente Ley. Ello puede fácilmente disociar la ley más estrechamente vinculada a la unión estable no matrimonial del régimen de sus bienes, así como fraccionar este mismo régimen en tantas leyes cuantos Estados distintos coincidiesen en un determinado momento como lugar de situación de los bienes. La opción por una solución unitaria resulta más acorde con la naturaleza familiar o equivalente de estas uniones. Una visión funcional del problema lo sitúa más cerca de las conexiones personales que de las conexiones patrimoniales, sin lugar a dudas<sup>366</sup>.

Esta se identifica de forma primaria con la ley del Estado de constitución o registro de la unión, como una ley vinculada, bien por la propia voluntad implícita de los convivientes, en el caso del registro (que normalmente se acompaña, además, de ciertas condiciones de estabilidad y vinculación adicionales), bien por la necesaria vinculación asociada a los supuestos en los que una determinada ley vincula el estatus de unión estable no matrimonial a una pareja. No obstante, tal cual se ha señalado, la libertad individual y el libre desarrollo de la personalidad es un elemento fundamental en este tipo de relaciones y su traducción en términos de ley aplicable es permitir a los interesados la elección de ley. Esta podrá ejercitarse para someter el régimen patrimonial de la pareja a la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos, al modo de lo que recoge el **art. 30** sobre ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

**274.** El otro aspecto nuclear para el que no existe norma de conflicto específica que pueda dar una respuesta satisfactoria es el relativo a la constitución de la unión no matrimonial. El supuesto de hecho es complejo y, en cualquier caso, no subsumible en otras normas potenciales como pudiera ser la relativa a la celebración del matrimonio, con la que no existe identidad de razón. El art. 34 opta por regular exclusivamente dos tipos de unión estable no matrimonial: la inscrita y la que es reconocida por una autoridad competente. Queda fuera, pues del ámbito de aplicación del precepto la ley aplicable a las uniones estables no matrimoniales consolidadas o reconocidas *ipso iure*. La dificultad de encontrar una ley aplicable a su

---

<sup>366</sup> Desde la perspectiva de la calificación, S. Álvarez González, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 842–880, pp. 872–873.

mera existencia es una constante en el Derecho internacional comparado y lastra las labores de la codificación internacional<sup>367</sup>.

**Art. 35. Determinación de la filiación.** 1. La filiación se registrará por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del nacimiento.

2. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de interposición de una acción judicial de filiación si resultase más favorable al hijo.

3. El reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad será válido si se ajusta a la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del nacimiento o en el momento del reconocimiento, o a la residencia habitual o la nacionalidad de quien efectúa dicho reconocimiento.

**275.** La Ley contempla dos preceptos para referirse a los dos grandes títulos de legitimación de la filiación, los derivados de la adopción y el resto, dentro de los que la llamada filiación biológica es el supuesto principal. No se descarta que otro tipo de filiación, como la derivada de maternidad subrogada, pueda ser también objeto de esta regla. El presente artículo se refiere a la filiación derivada de hechos o títulos distintos de la adopción<sup>368</sup>. Como se verá<sup>369</sup> la actual concepción de la adopción, en los casos de adopción de menores, refleja en mayor medida una forma de protección de menores o incapaces que una forma de constitución de la filiación (aun siendo ambas).

**276.** La ley aplicable a la determinación de la filiación provoca no pocos interrogantes a la hora de elegir un criterio regulativo concreto. Por un lado, se trata de una genuina circunstancia vinculada a más de una persona. De hecho, en los supuestos ordinarios de determinación de la filiación, al menos existen dos personas, el hijo y uno de sus progenitores; no es infrecuente que existan tres personas, el hijo y ambos

<sup>367</sup> Resulta sumamente ilustrativo el documento elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, *Aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistrés, Note établie par le Bureau Permanent. Private* (2000), donde se ponen de manifiesto estas dificultades y se lanzan algunas tentativas de regulación analógica (v.gr., a la de la responsabilidad parental) que, a día de hoy, no han tenido ningún éxito. La importancia del tema lo hace seguir en la agenda de la Conferencia, pero su complejidad lo tiene en *stand by* y los trabajos más recientes muestran, igualmente, una evidente ausencia en Derecho internacional privado comparado y un aún poco definido abanico de propuestas (*Note sur les developpements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés, établie par Caroline Harnois (ancienne Collaboratrice juridique) et Juliane Hirsch (Collaboratrice juridique)*, elaborada en marzo de 2008, pp. 40-41).

<sup>368</sup> CONC.: Arts. 15 y 16 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; arts. 68 y 69 Ley DIPr suiza; art. 3091 (Cc Quebec); art. 63 Código DIPr belga; art. 33 Ley DIPr italiana; arts. 55 y 56 Ley DIPr polaca; art. 24 Ley DIPr venezolana; arts. 44 y 45 Código DIPr panameño; art. 33 proyecto panameño; art. 20 Proyecto mexicano; art. 28 Proyecto uruguayo; art. 29 Proyecto colombiano.

<sup>369</sup> *Vid. infra*, comentario al **art. 36** de la presente Ley.

progenitores; y no es descartable que puedan existir más de tres cuando, por ejemplo, nos encontramos ante los aludidos supuestos de maternidad subrogada. La existencia de esta pluralidad potencial de referentes personales, todos ellos afectados por la relación de filiación que, por definición es bilateral o trilateral, complica la elección de la ley aplicable si tenemos en cuenta una nueva variable: la intrínseca relación que existe entre las leyes personales de padre y madre e hijo, tanto si partimos de la del domicilio, como si partimos de la de la nacionalidad. En este segundo supuesto, hay que tener en cuenta el factor añadido de las relaciones estructurales entre filiación y nacionalidad en aquellos supuestos en los que la nacionalidad se transmite *iure sanguinis*<sup>370</sup>.

El art. 35 de la Ley opta por una solución coherente con el principio de la ley personal y la centra en la persona del hijo. Es una solución neutra que evita cualquier tipo de trato diferente de los posibles progenitores (como sucedería, por ejemplo, de elegir la ley personal de la madre) y que simplifica la estructura de una norma de conflicto que quisiese tener en cuenta a ambos y que tendría que pasar por conexiones colectivas (domicilio o nacionalidad comunes, por ejemplo) que no siempre se dan en la realidad. La ley del domicilio del hijo es única y siempre existe.

Ello no evita todo tipo de problema interpretativo. Una conexión esencialmente mutable, como es la del domicilio, para regular una situación de estado civil que es esencialmente permanente, puede plantear un problema de identificación en los casos en los que el domicilio de la persona haya cambiado a lo largo de su vida. El art. 35 toma buena cuenta de este potencial problema y determina como momento crítico el del nacimiento del hijo. Se trata de una solución coherente y eficiente en la mayoría de las ocasiones. Coherente al no separarse del principio general de la conexión domiciliar, y eficaz por cuanto que la mayoría de los problemas relativos a la determinación de la filiación de las personas físicas se plantearán en el momento del nacimiento o en momentos inmediatamente posteriores a aquél: mayoritariamente cuando se proceda a la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido. La vinculación de nacimiento y filiación es una constante obvia en el Derecho comparado.

**277.** No obstante, se han de realizar dos observaciones respecto de esta opción. La primera es que, mientras que el domicilio de las personas físicas adultas puede identificarse fácilmente con el de la residencia habitual y ésta con el lugar donde una persona esté establecida a título principal mediante la existencia de vínculos estables y duraderos<sup>371</sup>, en el caso de los recién nacidos dicha identificación no puede apelar a esos datos de vinculación duradera y habitualidad e una residencia que, por definición, acaba de nacer. El **art. 5** de esta Ley alude a circunstancias de carácter personal, familiar y profesional. Sin duda, el caso de la residencia habitual

---

<sup>370</sup> Los arts. 57 a 66 del Código de Bustamante dan fe de esta multiplicidad de opciones, acudiendo en ocasiones a la ley personal del hijo, en ocasiones a la ley personal del padre y en ocasiones a la ley del foro.

<sup>371</sup> *Vid. supra*, comentario al **art. 5**.

de los recién nacidos no puede hacer abstracción de la residencia habitual de sus progenitores e incluso de la voluntad de esos progenitores en cuanto a la determinación del futuro domicilio del hijo. Las opciones regulativas de la Ley hacen que, en cualquier caso, el domicilio se valore y se concrete como domicilio individual del hijo y no como domicilio dependiente o domicilio jurídico<sup>372</sup>.

**278.** La otra observación es que, a pesar de que el nacimiento es realmente el momento más vinculado con la determinación de la filiación natural, esto no es siempre así: las vicisitudes que rodean a la determinación de la filiación pueden prolongarse durante toda la vida de la persona, bien buscando la legitimación de una filiación aún por determinar, mediante las correspondientes acciones judiciales de reclamación de filiación, bien tratando de destruir un título de legitimación que no se corresponde con la realidad, mediante las correspondientes acciones de impugnación de la filiación, bien a través de acciones mixtas que engloban ambas pretensiones de forma sucesiva.

Cuando el domicilio que poseía el hijo en el momento del nacimiento y el que posee en el momento de interposición de la correspondiente acción sea distinto, surge la duda razonable sobre la también relevancia de la ley del domicilio en el momento de presentación de la acción. En este momento se determina, por ejemplo, la competencia judicial internacional para conocer de la acción; competencia judicial que entre otros criterios se fundamenta en la residencia habitual del hijo en Caribe al tiempo de interposición de la demanda. Una correlación entre *forum* y *ius* (aplicación de la ley de Caribe por los tribunales de Caribe) debe sopesarse seriamente. El art. 35.2º de la Ley no excepciona radicalmente la regla sentada en su apartado primero, pero sí la modula y flexibiliza permitiendo que en estos casos de conflicto móvil la ley aplicable sea bien la del domicilio del hijo en el momento del nacimiento, bien la de su residencia habitual en el momento de interposición de la acción si esta le es más favorable. La introducción de un criterio favorable al hijo en materia de filiación para los casos de conflicto móvil comporta la búsqueda de un resultado material que no siempre será fácil de determinar<sup>373</sup>. El *favor filii*, la protección del hijo en materia de filiación, puede interpretarse tanto como un deseo de ver establecida una filiación de la que se carece de forma oficial, de ver consolidada la establecida o, simplemente, de desmontar aquella que no se corresponde con la verdad biológica. Y los intereses en cada uno de estos supuestos pueden estar enfrentados. Sin poner en tela de juicio un valor generalmente aceptado, cual es el *favor filii*, ¿cómo determinar cuál es la ley más favorable al hijo? Sin duda la norma se orienta hacia que sea el propio hijo –o sus representantes– los que valoren ese

<sup>372</sup> Art. 13 Ley de DIPr venezolana.

<sup>373</sup> El art. 29 del Proyecto de Ley General de DIPr colombiano prevé una solución también materialmente orientada, introduciendo dos leyes de manera alternativa que hay que entender están organizadas a favor del hijo: “La filiación en cuanto a su existencia y efectos estará regida por la ley del domicilio o residencia habitual del menor [...] La filiación también podrá determinarse en relación a cada uno de los padres conforme a la ley nacional a la que pertenece cada uno”.

resultado material. En algunos supuestos será fácil: si se trata de una acción de reclamación de la paternidad por parte del hijo y para una de las leyes el plazo de interposición de la acción ha prescrito o caducado, según el caso, y para la otra no, parece claro que la ley *a priori* más favorable al hijo es esta segunda. Si se trata, por el contrario de una acción de impugnación de la filiación por parte también del hijo, la que en mayor medida posibilite el buen fin de la acción. La práctica habrá de solventar otras situaciones menos claras, como pueda ser la de la acción de impugnación de una filiación paterna establecida por parte del padre legal.

**279.** Además de estas situaciones contenciosas, también existen aquellas, de ordinario menos problemáticas pero en modo alguno ajenas al cumplimiento de determinados requisitos legales, en las que el título de legitimación de la filiación es su reconocimiento voluntario. En estos supuestos la norma ha optado por una solución claramente favorecedora de la validez del reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad sumando a las leyes del domicilio del hijo en el momento del nacimiento o en el momento en que se produce el reconocimiento, la del domicilio o de la nacionalidad de quien lo efectúa, de tal manera que bastará que sea válido para cualquiera de esas leyes para que haya de considerarse como tal.

**280.** Debe tenerse en cuenta en todos estos supuestos de determinación sobrevenida de la filiación que existen límites racionales a los objetivos sustanciales de los párrafos segundo y tercero del art. 35, por cuanto el establecimiento de una filiación que contradiga otra filiación ya determinada sin la previa impugnación de esta última planteará con mucha verosimilitud cuestiones de orden público. Así un reconocimiento voluntario de paternidad considerado válido por una de las cuatro posibles leyes aplicables que baraja el art. 35.3º de la Ley no parece que pueda superar el test de compatibilidad con una filiación paterna vigente y no impugnada satisfactoriamente.

**281.** El ámbito de aplicación de la norma ha de reputarse amplio, cubriendo no sólo los títulos posibles de legitimación de la filiación natural (maternidad derivada directamente del parto, maternidad por reconocimiento, presunciones de paternidad del marido de la madre o de terceros, reconocimiento de paternidad, legitimación de la filiación por subsiguiente matrimonio de los padres, todo tipo de acciones judiciales de filiación, etc.) sino también todos los aspectos aparejados a esta que pudieran tener una naturaleza sustantiva, procesal o mixta: plazos de interposición de las acciones de filiación y naturaleza de los mismos, tipo de prueba admitida en estas acciones, presunciones vinculadas a la filiación, legitimación activa y pasiva en las acciones de filiación, etc.

<p><b>Art. 36.</b> <i>Adopción de menores.</i> Se aplicará la ley caribeña a la adopción de un menor constituida por autoridad caribeña. No obstante, se tendrán en cuenta los</p>
--

requerimientos relativos a los consentimientos y autorizaciones necesarios exigidos por la ley nacional o de la residencia habitual del adoptando o del adoptante.

**282.** Este artículo establece una solución simple y eficiente sobre ley aplicable a la adopción internacional<sup>374</sup>. Es simple por cuanto que determina la aplicación de la propia ley por la autoridad competente, lo cual no sólo elimina el importante problema del conocimiento, alegación y prueba del Derecho extranjero<sup>375</sup>, sino que comporta una solución de mayor calidad jurídica. Además, la regla distingue entre la adopción de menores y la adopción de mayores de edad. Dos tipos de adopción en los que los intereses y valores implicados son claramente distintos y deben recibir una respuesta legal también diferente.

Debe ponerse de manifiesto que el precepto tan sólo se refiere a la constitución de la adopción por autoridad caribeña. Otros aspectos, tales como la cooperación internacional en materia de adopción de niños o los requisitos para el reconocimiento de adopciones intervenidas en el extranjero no son retenidos por la norma. En los países de la zona OHADAC se aprecia un seguimiento dispar del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, sobre la protección de niños y la cooperación en materia de adopción internacional. Nueve países (Belize, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Haití, México, Panamá y Venezuela) son Estados parte en este convenio, el más importante en materia de cooperación y adopción internacional de menores<sup>376</sup>. Hay que precisar, en todo caso, que este convenio es de aplicación exclusiva entre los Estados parte y que no posee norma alguna sobre la determinación de la ley o leyes aplicables a las adopciones que se constituyan bajo su amparo, por lo que la reglamentación de la ley aplicable a las adopciones internacionales es un imperativo tanto para los Estados de Caribe no parte en dicho Convenio como para los que sí son parte.

**283.** La adopción internacional de niños ha experimentado en las últimas décadas una evolución importante desde una perspectiva cuantitativa o social y desde una perspectiva jurídica, que es la que ahora más interesa. En términos meramente cuantitativos resulta obvio el aumento del número de adopciones internacionales de niños, entendidas estas como las que implican un traslado del menor adoptado desde su Estado de origen hasta otro, de acogida, con su nueva familia. Esta tipología

<sup>374</sup> CONC.: Art. 19 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 77 Ley DIPr suiza; art. 3092 (Cc Quebec); arts. 67–71 Código DIPr belga; art. 38 Ley DIPr italiana; arts. 57 y 58 Ley DIPr polaca; arts. 47 y 47 Código DIPr panameño; art. 34 Proyecto dominicano; art. 23 Proyecto mexicano; art. 49 Proyecto boliviano; art. 32 Proyecto colombiano.

<sup>375</sup> *Vid. infra*, comentario al art. 63 de la presente Ley.

<sup>376</sup> Debe señalarse que dicho Convenio también se aplica a la parte Caribe de los Países Bajos (Bonaire, Sint Eustatius, y Saba) de conformidad con la declaración efectuada por dicho Estado a consecuencia de la reestructuración del Reino de los Países Bajos (*vid.* Informe relativo a la herencia holandesa). Otro tanto puede decirse de los Departamentos y territorios a los que se aplica el Derecho y las obligaciones internacionales de Francia (*vid.* Informe relativo a la herencia francesa).

convive con otra en la que no necesariamente hay desplazamiento, pero que también puede calificarse de internacional, al ser los adoptantes o el adoptando de distinta nacionalidad, por ejemplo. El art. 36 cubre ambos grupos de casos. Debe recordarse que aunque la adopción internacional en la que existe un desplazamiento de la residencia habitual del niño adoptado de un país a otro puede constituirse tanto en el país de origen cuanto en el país de recepción o acogida, resulta común la que- rencia de las autoridades de los primeros por que la adopción se constituya por sus autoridades y antes del traslado.

**284.** Esta última idea tiene mucho que ver con la otra perspectiva a la que se refiere el párrafo anterior: la jurídica. La adopción internacional ha pasado de entenderse como una forma de determinación de la filiación a ser vista como una medida de protección de menores; en los casos en los que la adopción sea una adopción de las llamadas plenas, la adopción equipara a los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, siendo de este modo, la expresión máxima de protección. Esta idea (el tránsito desde una conceptualización próxima o identificada con la filiación hacia una centrada en la tutela del interés superior del niño) influye decisivamente en el acercamiento que ha de hacerse desde el Derecho internacional privado; desde la determinación de la ley aplicable. Tratándose el tema como una cuestión de (mera) filiación, el recurso a una ley personal, generalmente la del hijo –adoptando, en este caso– es lo más adecuado, con independencia de que esa ley sea una ley extranjera o no: la ley nacional o la ley de la residencia habitual/domicilio son leyes apropiadas. De hecho, la presente Ley opta por la ley del domicilio del hijo para regular la filiación. Tratándose, por el contrario, de una cuestión de protección de menores, la aproximación cambia: el papel de la competencia judicial internacional se acrecienta y el de la ley aplicable se vincula a aquella. Esta es la solución que acoge la Ley. Dispone una amplia competencia judicial internacional de las autoridades de Caribe para constituir una adopción (cuando el adoptante o el adoptado sea caribeño o resida habitualmente en Caribe) y, asumiendo una visión judicialista e interventora de la adopción, ordena aplicar la propia ley.

Esta combinación de amplia competencia judicial internacional y aplicación de la ley de Caribe es clara, previsible y respetuosa con la perspectiva de protección del menor, pero puede conducir a situaciones potencialmente claudicantes e insatisfactorias desde la perspectiva de la fortaleza internacional de la adopción constituida por una autoridad de Caribe. Efectivamente, la constitución de una adopción sobre un menor que no reside en Caribe, aun siendo una hipótesis que muy raramente va a darse en la práctica, es teóricamente contemplada por las soluciones de la ley: basta que el adoptante o el adoptado posean la nacionalidad de Caribe o que el adoptante tenga en Caribe su residencia habitual, cualquiera que sea su nacionalidad. Dentro de este tipo de adopciones puede haberlas más o menos vinculadas con Caribe: por ejemplo, no será lo mismo que el menor no residente sea nacional del Estado donde se pretenda constituir la adopción o, por el contrario, no lo sea. En todo caso, en mayor o menor medida en función de la proximidad de la adopción

con Caribe, estas adopciones corren el riesgo de no ser eficaces más allá del país de constitución. A evitar este resultado indeseado se dirige la segunda regla del art. 36: “No obstante, se tendrán en cuenta los requerimientos relativos a los consentimientos y autorizaciones necesarios exigidos por la ley nacional o de la residencia habitual del adoptando o del adoptante”.

La regla segunda del art. 36 se articula como una salvaguarda de la validez internacional de la adopción constituida en Caribe, al ordenar tener en cuenta consentimientos y autorizaciones necesarios en estos otros países. A pesar de que la redacción pueda considerarse tibia al emplear el sintagma “tendrán en cuenta”, en vez de, por ejemplo, “recabarán”, “exigirán”, “aplicarán” u otros similares, lo cierto es que su buen uso, es suficiente garantía de una adopción fuerte con validez en todos los países realmente vinculados con ella. Por un lado, la regla se articula en forma imperativa (“se tendrán en cuenta”) y no meramente facultativa (“podrán tenerse en cuenta”<sup>377</sup>). Por otro lado, los requisitos que ahí se exigen son los que se han considerado como fundamentales en todo proceso constitutivo de la adopción, hasta el punto de que concretan una de las pocas imposiciones imperativas del citado Convenio de La Haya. El art. 4 de este Convenio supedita la adopción a la existencia de consentimientos verdaderamente libres e informados y a la concurrencia de las autorizaciones necesarias para que la adopción sea limpia e internacionalmente fuerte<sup>378</sup>. En último extremo, “tener en cuenta” introduce un instrumento de necesi-

<sup>377</sup> Leyes modernas como la española Ley 54/2007, de adopción internacional, prevé un mecanismo parecido en el que el mandato imperativo se transforma en una posibilidad, aunque el “tendrán en cuenta” se transforma en un “podrá exigir”. Además de lo dispuesto por la ley española se “podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando” (art. 20).

<sup>378</sup> “Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:

c) se han asegurado de que

1) las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen,

2) tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito,

3) los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados, y

4) el consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y

d) se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,

1) ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando este sea necesario,

2) se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño,

3) el consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y

4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna.

ria flexibilidad en manos de la autoridad de Caribe que exige su ponderación y decisión de forma casuística y a la luz de las circunstancias de cada caso, que pueden ser muy diversas a la luz de la amplitud de su competencia. Se trata de un modo de hacer especialmente adecuado en materia de protección de menores donde el supremo interés del niño ha de prevalecer sobre cualquier otro. Un mandato más formal (*v.gr.*, “aplicará”) podría dificultar enormemente la constitución de una adopción internacional en la que hubiera que compilar de forma imperativa, a modo de complejo micro mosaico jurídico, los consentimientos y autorizaciones de todas las leyes implicadas.

**Art. 37. Adopción de mayores.** La adopción de un mayor de edad se regirá por la ley de su domicilio en el momento de la constitución.

**285.** El art. 37 establece la ley aplicable a la adopción de personas mayores de edad con una filosofía diferente, más próxima a la de la determinación de la filiación distinta de la filiación adoptiva. La ley de la residencia habitual del adoptando mayor, será de aplicación. Las cautelas en cuanto a la conformación de una adopción internacionalmente fuerte, a través de la toma en consideración de consentimientos y autorizaciones de otras leyes no se entienden necesarias en este supuesto donde no hay ninguna parte implicada digna de una protección especial.

#### SECCIÓN TERCERA

##### PROTECCIÓN DE INCAPACES Y OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

**Art. 38. Responsabilidad parental y protección de menores.** 1. La responsabilidad parental u otra institución análoga se regirá por la ley de la residencia habitual del hijo.

2. Las medidas de protección sobre la persona o bienes de un menor se regularán por la ley de Caribe. No obstante, la autoridad competente podrá aplicar la ley de la residencia habitual del menor si es más favorable al interés superior del niño.

3. Será aplicable la ley caribeña para adoptar con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del menor incapaz.

4. En la aplicación de las leyes mencionadas en los párrafos anteriores se tendrá imperativamente en cuenta el interés superior del niño.

**286.** La norma transcrita de la ley aúna las soluciones de ley aplicable a la responsabilidad parental y otras instituciones análogas y la aplicable al resto de medidas de protección del niño, ya sean medidas con cierto grado de permanencia ya

adoptadas como consecuencia de una situación de provisionalidad o urgencia<sup>379</sup>. El precepto tiene como trasfondo axiológico el supremo interés del niño, que condiciona de modo especial la posibilidad de apartarse de la ley caribeña, como primariamente aplicable a la adopción de medidas de protección (párr. 2) y, de modo general, la aplicación de cualquiera de las leyes que pudiera resultar competente (párr. 4).

El tránsito de la protección del niño desde la perspectiva o ámbito familiar hacia el ámbito de lo público ha hecho que instituciones clásicas como la patria potestad<sup>380</sup> ancladas en una visión esencialmente familiar cuando no paternalista de las relaciones entre padres e hijos salgan de esa esfera familiar para situarse en la más específica de la protección de menores. Ello tiene como consecuencia un tratamiento diferenciado en orden a la determinación de la ley aplicable. La aproximación más eficaz desde el punto de vista de la tutela de los intereses del menor, la aplicación de la ley de la autoridad que conoce, convive con el reconocimiento de una relación que surge *ex lege*, como la de la patria potestad y otras instituciones análogas, que vendrá determinada por la ley de la residencia habitual del hijo. La colaboración entre estas dos normas refleja la colaboración entre las dos dimensiones, privada y pública, en la protección de menores y, aunque presenta ciertas cuestiones de delimitación del respectivo ámbito de aplicación, es una solución contrastada en la codificación internacional del Derecho internacional privado, con presencia, tanto el en Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, sobre competencia de autoridades y ley aplicable a la protección de menores<sup>381</sup>, como el más moderno Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, (hecho el 19 octubre 1996), que entre los Estados de la OHADAC ya vincula a la República Dominicana<sup>382</sup>.

**287.** El art. 38.1º de la Ley se refiere a la existencia y relaciones que conforman el contenido de la patria potestad o institución equivalente (autoridad parental,

---

<sup>379</sup> CONC.: Art. 21 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 3093 (Cc Quebec); art. 34 Código DIPr belga; arts. 59–62 Ley DIPr polaca; art. 35 Proyecto dominicano; arts. 25 a 27 Proyecto mexicano; arts. 52 y 53 Proyecto boliviano; art. 21 Proyecto uruguayo.

<sup>380</sup> Una definición genérica e internacionalmente homologable la da, por ejemplo, el Cc de Colombia, cuyo art. 288 dispone que “La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia”.

<sup>381</sup> Sus artículos 2 y 3, reflejan esta misma colaboración entre la ley del foro para la adopción de las medidas de protección y una ley personal (en este caso la de la nacionalidad) para la determinación de la patria potestad o autoridad parental.

<sup>382</sup> Lo ha incluido directamente en su Proyecto de Ley de DIPr dominicano, cuyo art. 35 realiza una incorporación por referencia del Convenio. El Convenio también rige en los Departamentos y colectividades francesas de ultramar (*vid.* los sistemas de herencia francesa) y el Curaçao. Bonaire, Saint Eustatius y Saba (*vid.* los sistemas de herencia holandesa).

responsabilidad parental...) así como a la atribución, contenido y extinción de la misma, sin la intervención de autoridad alguna. La ley de la residencia habitual del menor determinará de este modo si la patria potestad se atribuye a uno de los progenitores o a ambos, cuáles son los derechos y obligaciones derivados de esa patria potestad y bajo qué circunstancias se extingue al margen de una decisión de autoridad competente (*v.gr.*, por alcanzar el niño la mayoría de edad, por su matrimonio, por emancipación, etc.). Hay que precisar que, aunque el precepto nada dice al respecto, el cambio de residencia habitual no debería determinar por sí mismo el desconocimiento de la patria potestad atribuida conforme a la ley de la residencia habitual anterior al cambio. Así quien se vea atribuida la patria potestad de acuerdo con la ley de la residencia habitual del hijo la seguirá conservando conforme a la ley de la nueva residencia habitual aunque ésta no prevea su titularidad. Es una consecuencia del principio de estabilidad y conservación del estado civil especialmente importante en las relaciones entre padres e hijos menores. De este modo, si la ley de la residencia habitual del hijo prevé que padre y madre son los titulares de la patria potestad con independencia de que estén casados o no, mientras que la ley de la nueva residencia habitual tan sólo la atribuye a la madre para el caso de ausencia de matrimonio entre los padres, el padre seguirá siendo titular de la patria potestad que le fue atribuida conforme a la ley anterior.

La nueva ley, eso sí, podrá realizar una nueva atribución de la patria potestad a quien no la tuviese atribuida por la ley de la residencia habitual anterior, siempre que tal consecuencia sea compatible con la ya atribuida. De este modo, invirtiendo los datos del ejemplo anterior, si la ley de la (anterior) residencia habitual contempla una patria potestad atribuida singularmente a la madre, y la ley de la nueva residencia atribuye la patria potestad conjuntamente a padre y madre, esta atribución será igualmente eficaz. Esta regla de conservación de la titularidad de la patria potestad adquirida unida a una posible nueva adquisición por parte de otra persona tiene límites inherentes al propio ejercicio de la patria potestad en los casos de atribución múltiple: supuesto de una patria potestad atribuida conjuntamente por la ley de la residencia habitual a padre y madre no casados y de una nueva ley de la residencia habitual del hijo que se la atribuye, por ejemplo, al marido de la madre (distinto, obviamente, del padre). Este supuesto de tres personas ostentando al mismo tiempo la patria potestad puede ser problemático y necesitar de algún tipo de medida de adaptación o ajuste entre las dos leyes. En cualquier caso, si el conflicto de intereses llegar de verdad a ser intenso, muy probablemente nos encontraremos ante la situación prevista por el apartado 2 de este artículo, en la que una autoridad competente de Caribe aplicará su propia ley para decidir lo más favorable al supremo interés del hijo.

Obviamente, estos ejemplos dejan a salvo la actuación de la excepción de orden público si, por ejemplo, se considera que la atribución de la patria potestad a uno solo de los progenitores contraría el principio de igualdad de estos ante la ley teniendo en cuenta el supremo interés del hijo o si se considera que la titularidad

múltiple (tres o más personas) de la patria potestad es igualmente contraria al orden público.

**288.** En todo caso, mientras que la atribución de la patria potestad viene determinada por la ley de la residencia habitual “actual” del hijo y pervive ante el cambio de residencia habitual, su contenido, el ejercicio de los derechos y las prerrogativas que comporta y la sujeción a las obligaciones que conlleva se regularán en todo caso por la ley de la nueva residencia habitual a la que tendrán que adaptar su comportamiento titulares de la patria potestad e hijo. De este modo, aunque de conformidad con la ley de la residencia habitual anterior conforme a la que está diseñada la titularidad de la patria potestad sus titulares no tendrían que solicitar autorización judicial para un determinado acto en relación con el hijo, este requerimiento deberá exigirse si así lo prevé la ley de la nueva (actual) residencia habitual.

En los casos de adopción de medidas de protección por parte de una autoridad pública, la ley de la residencia habitual del hijo cede a favor de la ley del foro, de la ley de la autoridad que está conociendo. La previsión de una ley propia en foro propio es inherente a la actividad de las autoridades en materia de protección de menores, donde, al lado de las reglas jurídicas, la propia concepción de lo que puede ser el superior interés del hijo juega un papel capital. No obstante, la Ley no considera que esta regla deba aplicarse de manera rígida. La propia consideración del interés del hijo/menor puede hacer que, valorando las concretas circunstancias del caso, la autoridad decida aplicar la ley de la residencia habitual del mismo, cuando esta no coincida con la *lex fori*. Esta cláusula de escape basada en criterios sustantivos puede ser de aplicación en todos los supuestos de atribución de la guarda y custodia, definición de derechos de visita o incluso la supresión de la patria potestad a uno o a ambos titulares.

En el caso de la adopción con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del menor incapaz, la regla *lex fori in foro proprio* no se surte de excepción alguna: será aplicable en todo caso la ley del foro.

**289.** El art. 38 finaliza con un mandato esencialmente didáctico en torno a la necesidad de tener en todo caso presente el interés superior del menor, tal cual está consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989.

Es importante recordar que la ley designada como aplicable por el presente artículo debe tener una consideración especial respecto a otras leyes que puedan presentarse frecuentemente en relación con la adopción de medidas sobre los hijos como, señaladamente, la ley rectora de las crisis matrimoniales: sea cual sea esta<sup>383</sup>; las medidas sobre la protección de la persona y bienes de los hijos menores se adoptarán de conformidad con la ley de Caribe, salvo que existiese una razón que acon-

---

<sup>383</sup> Vid. *supra*, comentarios a los arts. 32 y 33.

sejase la aplicación de la ley de su residencia habitual. En sentido contrario, otras normas previstas por la presente Ley tendrán la consideración de normas especiales respecto de la presente: tal será el caso de la rectora de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (**art. 40**) o la ley aplicable al nombre del menor (**art. 25**).

**290.** También debe señalarse que la norma no invade en absoluto el ámbito de aplicación de importantes instrumentos de cooperación en esta materia, como pueda ser el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, de 25 octubre 1980, que vincula a una docena de países de OHADAC<sup>384</sup>. Este Convenio, capital en la lucha contra las situaciones de traslado ilícito a través de las fronteras, tiene un contenido esencialmente cooperativo, que no prejuzga ni la competencia judicial internacional ni, en lo que ahora nos interesa, la ley aplicable, aspectos ambos que han de quedar al albur de la normativa interna de Derecho internacional privado. Es más, es de destacar que las soluciones previstas por la Ley se adaptan de modo singular a las previsiones del Convenio cuando, por ejemplo, deja a la ley de la residencia habitual inmediatamente anterior al traslado la determinación de la existencia de un derecho de custodia sobre el menor atribuido de forma singular o conjunta a ambos progenitores o a alguna entidad competente.

**Art. 39. Protección de incapaces mayores.** 1. Los supuestos y los efectos de las medidas de protección de incapaces mayores de edad se regirán por la ley de la residencia habitual del incapaz.

2. Será aplicable la ley caribeña para adoptar con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del mayor incapaz.

**291.** La protección internacional de incapaces mayores representa uno de los retos más importantes de la sociedad moderna<sup>385</sup>, en la que la progresiva ampliación de las expectativas de vida hace crecer un segmento de la población, eufemísticamente descrito como “tercera edad” y un nuevo grupo que comienza a denominarse como de “vejez avanzada”, con especiales necesidades y con una también especial vulnerabilidad: mayores con enfermedades neurológicas –alzhéimer, demencia senil– que les impide regir su persona y bienes, generalización de centros de acogida de mayores en régimen de internado, mayores que ante la previsión de estas situaciones deciden tomar medidas para que sean adoptadas si llega a producirse una pérdida de la capacidad, etc. El art. 39 de la Ley establece la ley aplicable a la protección de incapaces mayores, abarcando estos supuestos y también cualquier

<sup>384</sup> Costa Rica, México, Panamá, Venezuela, Bahamas, Belice, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, San Cristóbal y Nieves, Trinidad y Tobago.

<sup>385</sup> Vid. A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009.

otro en el que el adulto mayor de edad no se encuentre en situación de regir por sí mismo su persona o bienes y precise, por ello, algún tipo de medida supletiva<sup>386</sup>.

El ámbito de aplicación de la norma es especialmente amplio, pues abarca una pluralidad potencial de situaciones y medidas de muy distinta índole: comenzando por la misma determinación de la incapacidad de la persona mayor o su incapacitación concreta así como la instauración de un régimen o institución de protección; la sujeción del adulto incapaz a la protección de una autoridad pública de forma transitoria o permanente; la constitución de una tutela, curatela, prórroga de la patria potestad o instituciones equivalentes; la determinación de las obligaciones que recaigan sobre cualquier persona, física o jurídica, encargada de la protección de la persona o bienes del mayor incapaz (realización de inventario, rendición de cuentas, etc.); la colocación del incapaz en una institución pública o privada o cualquier establecimiento donde puedan salvaguardarse suficientemente sus intereses; el régimen de la administración de los bienes del incapaz; la autorización o autorizaciones singulares en orden a la adopción de medidas concretas dentro de una institución más permanente (autorización judicial para la venta de un inmueble, para el cambio de establecimiento donde se encuentre el adulto incapaz, desplazamiento hacia otro Estado, etc.).

**292.** Especial importancia cobra en este ámbito la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto (sea mediante un acuerdo o por un acto unilateral) para ser ejercidos cuando dicho adulto ya no esté en condiciones de cuidar de su persona o bienes. Los llamados apoderamientos preventivos o los apoderamientos con subsistencia de efectos van a quedar bajo la órbita del art. 39<sup>387</sup>, del mismo modo que los denominados “testamentos vitales”<sup>388</sup> en los que el mayor de edad establece su voluntad respecto del mantenimiento o supresión de medicación o cuidados paliativos cuando por mor de una grave enfermedad él este impedido para adoptar libremente decisiones sobre su propia vida. Estos apoderamientos también habrán de someter, obviamente, sus aspectos negociales, a la ley que les resulte aplicable según las normas de esta Ley<sup>389</sup>.

**293.** Por el contrario, no forman parte del ámbito de la norma aspectos que poseen su propia ley aplicable y que podrían colisionar con la protección del mayor.

---

<sup>386</sup> CONC.: Art. 3085 (Cc Quebec); art. 43 Ley DIPr italiana.

<sup>387</sup> *Vid.*, desde la estricta perspectiva del Derecho internacional privado de estas figuras, M. Revillard, “La convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat inaptitude”, *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 725 ss.

<sup>388</sup> *Vid.* D. Rodríguez-Arias Vailhen, *Una muerte razonable: testamento vital y eutanasia*, Bilbao, Descleé de Brouwer, D. L. 2005.

<sup>389</sup> *Vid. infra*, comentarios a los arts. 45 y 46 de la presente Ley.

Tal es el caso de las obligaciones alimenticias<sup>390</sup>, la celebración, nulidad, separación o disolución del vínculo matrimonial o de una unión no matrimonial; las medidas de representación que puedan preverse por los regímenes económicos matrimoniales y otras instituciones análogas; los trust y la sucesión por causa de muerte (aunque en este caso, sí entraría, por ejemplo, el nombramiento de un tutor realizado en forma de disposición por causa de muerte); las prestaciones al adulto incapaz derivadas de los servicios de seguridad social y análogos o las adoptadas con carácter general en materia de sanidad pública; las medidas de vigilancia y/o internamiento derivadas de la comisión de delitos o faltas por parte del mayor y cualquier otra medida destinada a la salvaguarda de la seguridad pública que pueda imponer medidas de restricción de la libertad para disponer libremente sobre la persona o bienes de un adulto por su parte.

**294.** La solución otorgada por el art. 39 de la Ley a esta constelación de aspectos vinculados a la protección del incapaz adulto es la ley de su residencia habitual. De forma distinta a lo previsto para el caso de la protección de menores donde la ley primariamente aplicable es la de la autoridad de Caribe que está conociendo y sólo bajo determinadas circunstancias y para concretos aspectos (*v.gr.*, la responsabilidad parental) rige la ley de la residencia habitual, en el caso de la protección de adultos tanto la idea de que en muchos supuestos será el propio adulto el que prevendrá su situación de futura incapacidad y adoptará medidas a tal efecto, como el hecho de que tales medidas pueden tener una vida más estable que las que afectan a menores, aconsejan la aplicación de la ley de la residencia habitual, más estable y previsible que la *lex fori* (cuando no coincidan).

En sentido similar a la solución en materia de protección de menores, el cambio de residencia habitual determina también el cambio de la ley aplicable. La nueva ley determinará tanto las medidas de protección a adoptar como las modalidades de ejecución de las medidas adoptadas conforme a la anterior residencia habitual. De este modo, aunque la ley de la anterior residencia habitual determine la existencia de una medida de protección o conforme a dicha ley se haya adoptado una concreta medida de protección (*v.gr.*, el sometimiento del adulto incapaz a tutela) será la ley de la nueva residencia habitual la que determinará las condiciones del ejercicio de la misma, siempre tratando de lograr una adaptación entre lo exigido por la primera ley y lo prescrito por la segunda: así, por ejemplo, si la tutela no comportaba la necesaria formación de inventario conforme a la ley de la residencia habitual en el momento de la constitución de la misma, pero sí lo hace la nueva ley de residencia habitual, tal inventario deberá realizarse, al menos en el instante en que haya de realizarse cualquier acto de administración del patrimonio del mayor incapaz; si el internamiento del incapaz precisaba de autorización judicial de conformidad con la ley de la residencia habitual anterior y no lo necesita de acuerdo con la nueva residencia habitual, tal internamiento podrá realizarse sin dicha intervención. Se trata

---

<sup>390</sup> *Vid. infra*, comentario al art. 40 de la presente Ley.

de una solución clásica al problema del conflicto móvil que aúna la aplicación sucesiva de dos leyes distintas a partir del reconocimiento de los actos legítimamente consolidados conforme a la ley anterior.

**295.** La aplicación de la ley de la residencia habitual del mayor incapaz no impide la aplicación de la ley de Caribe para todas las medidas provisionales o urgentes que hayan de adoptarse para proteger la persona o bienes del incapaz, ni las medidas previstas por la ley de Caribe que hayan de aplicarse de manera imperativa cualquiera que sea la ley aplicable al fondo de la protección<sup>391</sup>. Igualmente importante en esta materia, puede ser la previsión contenida en el **art. 69.2º** de esta Ley en virtud de la cual las autoridades de Caribe pueden dar efecto a las disposiciones imperativas de otro Estado con el cual la relación jurídica tenga vínculos estrechos. La codificación internacional del DIPr tiene ejemplos próximos al que aquí planteamos<sup>392</sup>, si bien esta posibilidad es más estricta en la ley de Caribe, al referirse exclusivamente a las disposiciones imperativas tal cual se describen en el citado art. 69 de la presente Ley.

**Art. 40. Obligaciones alimenticias.** 1. Las obligaciones alimenticias se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. En caso de cambio de residencia habitual se aplica la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.

2. No obstante, se aplicará la ley caribeña si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor conforme a la ley designada en el apartado 1.

3. La ley aplicable a la nulidad matrimonial, separación conyugal y divorcio, regirá las obligaciones alimenticias entre los cónyuges o ex cónyuges resultantes de tales situaciones.

4. En la aplicación de las leyes enumeradas en los apartados anteriores se tendrá en todo caso en consideración la capacidad del deudor y la necesidad del acreedor.

**296.** Como reiteradamente se ha puesto de manifiesto a lo largo del análisis de soluciones específicas de ley aplicable en el campo de la persona y las relaciones de familia<sup>393</sup>, la ley aplicable a las obligaciones alimenticias se constituye como una

<sup>391</sup> *Vid. infra*, comentario al **art. 69** de la presente Ley.

<sup>392</sup> El art. 13 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de los adultos establece tras la regla general (que en el Convenio es la aplicación de la ley del foro) que "... en la medida en la que la protección de la persona o bienes del adulto lo exija, ellas [las autoridades competentes] podrán excepcionalmente aplicar o tener en consideración la ley de otro Estado con el que la situación presente un vínculo estrecho".

<sup>393</sup> *Vid. supra*, **art. 31** (relaciones patrimoniales entre cónyuges), **art. 32** (nulidad matrimonial), **art. 33** (separación y divorcio), **art. 34** (uniones no matrimoniales), **art. 38** (responsabilidad parental y protección de menores) y **art. 39** (protección de incapaces mayores).

ley especial respecto de las relaciones e instituciones en las que pueda encontrar su fundamento<sup>394</sup>. Esta circunstancia tiene su explicación tanto en razones históricas como en las concretas circunstancias que rodean a la obtención de alimentos por parte de parientes y personas próximas. En principio, una situación de necesidad, como la que está detrás de las obligaciones alimenticias parece que ha de merecer una atención especial por parte de las normas de determinación de la ley aplicable que incorpore esa exigencia sustantiva; una atención especial en la que la norma de conflicto no se limite a identificar una ley aplicable cualquiera, sino que, dentro de lo posible, identifique una ley aplicable que otorgue alimentos al acreedor que los pide, con preferencia a una ley aplicable que no los prevea para el caso considerado.

Desde la aludida perspectiva histórica, esta orientación sustancial o material en la selección de la ley aplicable ya está presente en la codificación internacional del Derecho internacional privado desde 1956, a través del primero de los cinco convenios internacionales que se elaboraron en el seno de la Conferencia e La Haya de Derecho internacional privado, sobre la materia objeto de este art. 40 de la Ley. Ya entonces, el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de menores, de 24 octubre 1956, introdujo una solución estructuralmente parecida a la del art. 40 de la presente Ley que ahora se analiza, haciendo depender la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor alimenticio del hecho de que dicho acreedor pudiese obtener alimentos conforme a la misma; cuando esta ley de la residencia habitual denegase al acreedor todo alimento, dejaría de aplicarse en beneficio de la ley a la que condujesen las normas de conflicto de la autoridad que estuviese conocimiento de la reclamación. Se trata, como puede apreciarse, de una determinación de la ley aplicable en dos etapas, activándose la segunda sólo si la primera no concedía alimentos.

Esta búsqueda de la ley aplicable a la obligación alimenticia, orientada o condicionada por la obtención de alimentos –con preferencia a su no obtención– tuvo una segunda manifestación en el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en el que la regla de selección de ley aplicable tendente a la consecución de alimentos introdujo una nueva etapa, siendo la ley de la residencia habitual del acreedor alimenticio la primera en ser consultada, la ley nacional común de alimentista y alimentante –de existir–, en segundo lugar, y la ley sustantiva del foro en el caso de que las anteriores no atribuyesen los alimentos solicitados.

El último paso en este proceso lo dio el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 23 noviembre 2007, donde se vuelve a reafirmar la necesidad de identificación de la ley aplicable a través de la bús-

---

<sup>394</sup> CONC.: Art. 46 Código DIPr panameño; art. 49 Ley DIPr suiza; arts. 3094–3096 (Cc Quebec); arts. 74 a 76 Código DIPr belga; art. 45 Ley DIPr italiana; art. 63 Ley DIPr polaca; art. 37 Proyecto dominicano; arts. 28 a 31 Proyecto mexicano; art. 50 Proyecto boliviano; art. 29 Proyecto uruguayo; art. 35 Proyecto colombiano; Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

queda de una ley favorable al acreedor alimenticio, si bien distinguiendo entre distintos tipos de acreedores.

**297.** El art. 40 de la Ley asume esta asentada orientación material de una forma simple, mediante dos posibles leyes aplicables: la de la residencia habitual del acreedor o la del foro caribeño cuando de acuerdo con la primera el acreedor no pueda obtener alimentos. La ley de la residencia habitual del acreedor alimenticio no solo es su ley personal de acuerdo con la Ley sino que se trata de la ley que en mejor medida puede valorar las situaciones de necesidad real, puesto que se presume que la reglamentación sobre obligaciones alimenticias estará en consonancia, entre otras cosas, con la estructura de la familia y con la realidad socioeconómica del lugar donde, precisamente, surge la necesidad: la residencia habitual del acreedor. Por lo que atañe al recurso a la ley del foro cuando la residencia habitual no conceda alimentos al acreedor, debe precisarse ante todo que no se trata de una ley operativa como “ley más favorable” a toda costa. La orientación material de la dupla ley de la residencia habitual del acreedor/ley del foro tan sólo se activa cuando la primera no conceda alimentos, pero no consagra la aplicación de la “ley más favorable” al acreedor. En otras palabras, aunque la ley del foro caribeño fuese más favorable al acreedor alimenticio, basta con que la ley de su residencia habitual le conceda alimentos para que sea ésta la aplicable. Por otro lado, hay que considerar que la última regla de este art. 40 de la Ley introduce una solución material y potencialmente correctora en la aplicación de la ley (la que sea) rectora de la obligación alimenticia: se tendrá en todo caso en consideración la capacidad del deudor y la necesidad del acreedor, aunque no se prevea así por la ley aplicable, podríamos añadir. Ello relativiza grandemente la idea de “ley más favorable” al acreedor.

El posible conflicto móvil derivado de un cambio de residencia habitual se solventa mediante la aplicación de la ley de la nueva residencia habitual desde el momento del cambio. Se trata también de una solución tradicional que tiene su base en la descrita idoneidad de la ley de la residencia habitual para hacer frente a las necesidades que se manifiestan en las personas residentes. No se produce en este caso un respeto a algunas soluciones consolidadas de conformidad con la ley de la residencia habitual anterior: por ejemplo, el deudor obligado por la ley anterior puede dejar de serlo como consecuencia de lo dispuesto en la ley nueva (y viceversa). En todo caso, de producirse una total pérdida del derecho a obtener alimentos, el cambio de residencia habitual también habilitará el posible recurso a la ley del foro caribeño.

**298.** El precepto contiene una norma especial para los supuestos de alimentos debidos como consecuencia de las crisis matrimoniales. En estos casos, del mismo modo que se relajan los deberes inherentes al matrimonio también la obligación alimenticia puede tener una distinta fisonomía. Las obligaciones entre personas generalmente adultas entre los que ya no hay una relación de familia (supuestos de nulidad o divorcio) o esta ha perdido la intensidad que venía teniendo (supuesto de

separación matrimonial) se regirán por la ley rectora de estas situaciones, produciéndose, de este modo, una unidad de ley aplicable. El juez o autoridad que decreta la nulidad, separación o divorcio aplicará la misma ley que determina tales situaciones a los posibles efectos alimenticios de los mismos. No hay en este caso ningún tipo de orientación material. El cónyuge o excónyuge pretendidamente acreedor tendrá o no derechos alimenticios respecto del otro en función de lo que estipulen tales leyes, sin poder invocar, en su caso, la ley del foro caribeño, cuando aquéllas no le concedan alimentos. Este apartado no cubre las situaciones de separación de hecho de los cónyuges y, aunque resulte obvio, sólo se aplica a las relaciones entre ellos. El cónyuge divorciado podrá seguir siendo acreedor, por ejemplo, de sus padres o incluso de sus hijos. Los alimentos debidos a los hijos seguirán rigiéndose por los apartados 1 y 2 de este artículo<sup>395</sup>.

**299.** Los ámbitos cubiertos por la norma son los que tradicionalmente integran la noción de alimentos entre parientes: todo cuanto sea necesario para asegurar al acreedor mantenimiento, alojamiento, vestido, educación, atención médica, medicamentos y condiciones de vida adecuados a su edad y salud, etc. La ley aplicable regirá en especial si, en qué medida y a quién el acreedor puede reclamar los alimentos del deudor; quién está legitimado pasivamente, es decir, quién tiene la cualidad de deudor; la medida en que el acreedor puede reclamar alimentos, si los indispensables para procurar sustento, abrigo y habitación o alimentos de acuerdo con un cierto estándar de vida; si los alimentos pueden solicitarse para períodos pasados; la base para el cálculo siempre teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado final del art. 40 de la Ley; los plazos de interposición de la acción de reclamación de alimentos y su naturaleza; las circunstancias bajo las cuáles puede solicitarse una revisión del crédito, tanto por el acreedor como por el deudor; la subrogación del pagador en la posición del deudor en los casos de pago de alimentos por tercero, incluso si éste es una entidad pública.

Excluidas del ámbito de aplicación de la norma están las relaciones jurídicas en las que se basa potencialmente la obligación alimenticia. La determinación, por ejemplo, del vínculo familiar del que pueda derivar una obligación alimenticia es algo que no regula el art. 40 de la Ley, sino la correspondiente norma de conflicto *ad hoc*: el **art. 29** en cuanto a la validez del matrimonio, el **art. 34** en cuanto a la existencia de una relación de convivencia análoga a la conyugal, el **art. 35** en lo atinente a la filiación, etc. A pesar de que podría pensarse en “extender” la orientación material favorable al acreedor alimenticio tal cual se articula en los párrafos primero y segundo del art. 40 y, por ejemplo, preferir la ley de la residencia habitual o la del foro en función de la que determinase la existencia de la relación de filiación en la que se fundamenta la obligación alimenticia, ello crearía más problemas que los que resuelve y podríamos encontrarnos con la existencia o la inexistencia de

---

<sup>395</sup> Vid. sobre esta opción de ley aplicable S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y obligaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996.

una relación familiar en función de que apareciese, o no, vinculada a una reclamación alimenticia. La relación familiar debe existir o no y ser la misma sea cual sea el efecto que se pretender derivar de ella y sea cual sea la ley aplicable a dicho efecto.

#### SECCIÓN CUARTA

#### SUCESIONES Y DONACIONES

**Art. 41.** *Sucesión por causa de muerte.* 1. La sucesión por causa de muerte se rige por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, esta ley se aplicará a toda la sucesión con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar donde se encuentren.

2. El testador podrá someter la totalidad de su sucesión a la ley de su domicilio o de su nacionalidad en el momento de la elección. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de forma indubitada de los términos de una disposición de ese tipo.

3. Los testamentos otorgados de conformidad con la ley del domicilio del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley rectora de la sucesión. En todo caso, las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga de los que pudieran ser beneficiarios el cónyuge o los hijos del causante se ajustarán, en su caso, a la ley rectora de la sucesión de conformidad con los apartados primero y segundo del presente artículo.

4. Los pactos sucesorios que afecten a una sola sucesión celebrados de conformidad con la ley del domicilio del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley rectora de la sucesión. Los pactos sucesorios que afecten a más de una sucesión se regirán por la ley del domicilio de cualquiera de los otorgantes elegida de forma expresa por todos ellos; en ausencia de elección, por la ley del domicilio común de los otorgantes en el momento de la celebración del pacto; en su defecto, por su ley nacional común y en defecto de esta, por la ley más estrechamente vinculada al pacto, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

En todo caso, las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga de los que pudieran ser beneficiarios el cónyuge o los hijos del causante se ajustarán, en su caso, a la ley rectora de la sucesión de conformidad con los apartados primero y segundo del presente artículo.

5. La partición de la herencia se rige por la ley aplicable a la sucesión, a menos que los llamados a la herencia hayan designado, de común acuerdo, la ley del lugar de la apertura de la sucesión o del lugar en que se encuentra la mayor parte de los bienes hereditarios.

**300.** El art. 41 de la Ley aborda la ley aplicable al fondo de la sucesión *mortis causa*. La complejidad de esta materia viene atestiguada desde siempre por los grandes modelos que dividen al Derecho comparado el que aboga por una solución unitaria para toda la sucesión (modelo monista o de unidad) y el que aboga por una solución distinta para la sucesión mobiliaria y para la sucesión inmobiliaria (modelo dualista o *escisionista*)<sup>396397</sup>. La solución unitaria, a su vez, plantea la alternativa entre la ley nacional del causante y la ley de su domicilio o de su residencia habitual temporalmente localizadas en el momento de su muerte. El modelo dualista suele aplicar la *lex rei sitae* a la sucesión inmobiliaria y una ley personal, de ordinario la ley del último domicilio del causante, a la sucesión mobiliaria (*v.gr.*, Francia, Bélgica o Reino Unido). Esta segunda opción parte de la aceptación potencial de varias masas hereditarias sujetas a varios sistemas, parte en definitiva del fraccionamiento de una única sucesión. Hay que precisar, además, que ninguno de los dos grandes sistemas o modelos se caracteriza por incorporar orientación material o sustantiva en la selección de la ley. Las normas de conflicto en que se concreta cada uno de ellos son neutras. La ley del lugar de situación de un bien inmueble determinará el régimen sucesorio del mismo, sea cual sea; y lo mismo cabe decir de la ley del último domicilio del causante o de la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento. En otras palabras, la materialización de la norma de conflicto no ha sido una necesidad en materia de identificación de la ley rectora de la sucesión internacional. La determinación de la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte no se mueve por la búsqueda de una ley que conceda más derechos al cónyuge superviviente, o a los hijos, o que conceda una mayor libertad de disposición al causante, o la restrinja fuertemente en beneficio de los legitimarios, etc. Todas estas cuestiones sustantivas o materiales y otras de similar índole han sido ajenas a la norma de conflicto que selecciona la ley aplicable a la sucesión.

**301.** Este panorama se concreta en el art. 41 de la Ley que, por un lado, opta por un modelo de unidad en la reglamentación de la sucesión *mortis causa* y, por otro, es continuista en relación con la ausencia de orientación material o sustantiva en la determinación de la ley aplicable. Además, en la concreción de la solución monista o unitaria, la Ley acoge la conexión del último domicilio del causante como criterio determinante. Se trata de un precepto moderno y completo que no tiene parangón en el Derecho comparado de Caribe.

---

<sup>396</sup> CONC.: Art. 44 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 57 Código DIPr panameño; arts. 90 ss Ley DIPr suiza; arst. 3098–3101 (Cc Quebec); arts. 78 ss Código DIPr belga; art. 46 Ley DIPr italiana; arts. 28 y 29 Ley DIPr austriaca; art. 64 Ley DIPr polaca; art. 38 Proyecto dominicano; arts. 76 a 81 Proyecto mexicano; art. 83 Proyecto boliviano; art. 30 Proyecto uruguayo; art. 40 Proyecto colombiano.

<sup>397</sup> Vid. J. Héron, *Le morcellement des successions internationales*, París, Economica, 1999; F. Boulanger, *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, París, Economica, 2004.

La opción por una única ley que gobierne toda la sucesión, tal cual establece el art. 41.1º regla segunda, tiene ciertas ventajas sobre la opción por un modelo de fraccionamiento; la más evidente, es la posibilidad de que el causante pueda planificar fácilmente su sucesión bajo los auspicios de una única ley, sin necesidad de realizar una a veces muy compleja labor de cómputo y adaptación de todas las leyes en presencia (pensemos en que es propietario de bienes inmuebles distribuidos en distintos países), con lo que ello supone a la hora de tener en cuenta limitaciones distintas a la libertad de testar, causas de desheredación también diferentes, etc. La opción por el modelo unitario es también la que en los últimos tiempos ha gobernado la codificación internacional del DIPr y la solución Europea<sup>398</sup>. Especialmente significativa es la labor de la Conferencia de La Haya en cuyo seno, delegados de países con culturas jurídicas muy diversas y muchos de ellos consagrando un sistema dualista o de escisión en la ley aplicable a la sucesión, consensuaron de forma rápida y sin grandes problemas una solución unitaria<sup>399</sup>.

Dentro de esta opción monista o unitaria –principio de unidad y universalidad de la sucesión– la ley del último domicilio del causante es una ley apropiada. Es también la recogida por los dos instrumentos internacionales más completos y modernos sobre la materia<sup>400</sup>. La razón no es otra que la idea de que es precisamente en ese domicilio donde se encuentra el centro de vida del causante y, lo más importante, el centro de sus intereses patrimoniales; donde probablemente tenga la mayor parte de su patrimonio.

Ciertamente, esto no tiene por qué ser siempre así, y la regla del art. 41.2º de la Ley introduce otro evidente elemento de modernización de la ley aplicable a la sucesión *mortis causa*: la llamada *professio iuris* o posibilidad de que el causante puede elegir la ley aplicable a la totalidad de su sucesión<sup>401</sup>. La introducción de esta posibilidad de elección de ley se justifica, en primer lugar, en la importancia de la autonomía de la voluntad en materia sucesoria. La idea de que la voluntad del causante, allí donde la ha manifestado a través de testamento o pacto sucesorio, es la ley de la sucesión está ampliamente extendida tanto en sistemas de civil law como en los sistemas de *common law*. La norma lo único que hace es proyectar esa importancia de la autonomía de la voluntad más allá de la mera autonomía autorregu-

---

<sup>398</sup> Es la opción tanto del Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, como del Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo

<sup>399</sup> Vid. los ilustrativos debates sobre este aspecto en las Actas de la Conferencia: Conférence de La Haye, *Actes et documents de la Seizième session (1988), Tome II – Successions – loi applicable*, La Haya, Editions SDU, 1991.

<sup>400</sup> Convenio y Reglamento citados, aunque debe precisarse que en ellos es nominalmente la residencia habitual y no el domicilio el factor de conexión retenido.

<sup>401</sup> Vid. de forma monográfica y profunda sobre esta posibilidad, J.M. Fontanellas Morell, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

lativa; llevarla a una verdadera “autonomía conflictual” como, por otro lado, se recoge en otras soluciones previstas por la Ley para cuestiones personales y familiares<sup>402</sup>. En este mismo sentido, la posibilidad de someter la sucesión a una ley determinada no puede ser absolutamente libre; las leyes potencialmente elegibles han de tener una vinculación suficiente con el causante y esta vinculación la poseen, sin lugar a dudas, la ley de su domicilio y la de su nacionalidad en el momento de la elección. Esta delimitación de leyes ofrece al causante un abanico de posibilidades lo suficientemente atractivo como para que pueda organizar su sucesión de manera coherente conforme a una ley próxima y, sobre todo, previsible. Con ello elimina cualquier incertidumbre sobre cuál pueda ser su domicilio en el momento del fallecimiento asegurando que su voluntad (dentro de lo que le permita la ley elegida y sus eventuales modificaciones con el transcurso del tiempo) será eficaz más allá de su muerte. Cuando el causante posea más de una nacionalidad, podrá someter su sucesión a cualquiera de las nacionalidades que ostente en el momento de la elección. Por otro lado, la misma esencia de la autonomía conflictual unilateral que consagra este precepto hace que la *professio iuris* a favor de una ley pueda ser revocada en cualquier momento posterior (siendo la ley sucesoria entonces la de su último domicilio) o cambiada por otra: por ejemplo el causante sometió su sucesión a la ley del domicilio actual y con posterioridad decidió someterla a la ley de su nacionalidad.

Un aspecto importante en relación a esta *professio iuris* es la posibilidad de que sea tanto expresa como tácita. Sin duda que la elección expresa es la que deber ser aconsejada en aras a eliminar cualquier conflicto sobre la ley aplicable, pero no puede desconocerse que en muchas ocasiones el causante tiene una clara intención de someter su sucesión a una determinada ley, cuyas instituciones típicas e, incluso, preceptos concretos son citados y/o reproducidos en su testamento. Si tales términos se vinculan inequívocamente a una de las posibles leyes elegibles, habrá que considerar que ha existido tal elección de ley sucesoria. Elección que, en todo caso, tanto en primera instancia como en posteriores vicisitudes (revocación, alteración) ha de tener la forma de disposición *mortis causa*<sup>403</sup>.

**302.** El párrafo tercero de este art. 41 introduce una norma especial para los supuestos de anticipación sucesoria mediante el otorgamiento de un testamento. Da respuesta a la situación, que no tiene por qué ser infrecuente, en la que el testamento se redacta al amparo de la ley del domicilio “actual” que resulta no ser a la postre el último domicilio del causante que será ley sucesoria. Este conflicto móvil puede desencadenar la radical ineficacia de los testamentos que no tuvieron para nada en cuenta la ley sucesoria, sencillamente, porque el testador la desconocía. La regla del art. 41.3º de la Ley trata de salvar en la medida de lo posible la planificación suce-

---

<sup>402</sup> Vid. *supra*, art. 25 en materia de nombre de las personas físicas; art. 31, en materia de relaciones matrimoniales entre cónyuges; y art. 33 en materia de separación y divorcio.

<sup>403</sup> Vid. *infra* comentario al art. 42 de la presente Ley.

soria efectuada conforme a la ley del domicilio conservando su validez con el límite de las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga a los que tengan derecho cónyuge e hijos. Estos derechos serán determinados por la ley rectora de la sucesión, ley del domicilio del causante en el momento del fallecimiento o ley elegida en virtud del art. 41.2° de la Ley. Obviamente, en este segundo caso, lo lógico es que el testamento ya se haga conforme a la ley elegida y el problema que trata de resolver el apartado que comentamos ni siquiera se plantee. De hecho, una de las grandes virtudes que posee la *professio iuris* es, precisamente, evitar este potencial cambio de ley aplicable.

En todo caso, cuando el supuesto de hecho del art. 41.3° de la Ley concurra, el testamento realizado conforme a una ley próxima, la del domicilio “actual” del causante, seguirá siendo válido con la corrección de unas legítimas que la regla limita a hijos y al cónyuge y no a cualquier otro legitimario más alejado del causante. Es, de nuevo, un tributo al respeto por la voluntad del causante y, en fin, un modo de paliar que ante un cambio de ley como el que la norma prevé, esa libertad quede excesivamente limitada, pues no ha de perderse de vista, que el causante ya respetó las legítimas de la ley de su domicilio en el momento en que redactó el testamento y someter éste a una especie de “doble escrutinio” no resulta adecuado.

**303.** La regla relativa a los pactos sucesorios refleja una complejidad similar a la que los propios pactos sucesorios tienen en el Derecho de sucesiones allí donde son admitidos. En los pactos que afectan a una sola sucesión, la solución prevista es muy similar a la que se arbitra para los testamentos: serán pactos que conserven su validez siempre que se hayan ajustado a la ley del domicilio del causante en el momento de realización del pacto (*v.gr.*, un pacto entre un padre y un hijo por el que el segundo renuncia a sus derechos hereditarios a cambio de un beneficio de presente). En los casos de pactos que afectan a más de una sucesión (*v.gr.*, un pacto de institución recíproca de herederos entre dos cónyuges) la solución es más compleja. La idea de que un pacto sucesorio ha de estar regulado en cuanto a su régimen jurídico por una sola ley exige elegir entre las potenciales leyes en presencia: de nuevo la Ley opta, en primera instancia, por dejar en manos de los interesados la elección de cualquiera de las leyes de su domicilio en el caso en que no sea un domicilio común; en defecto de dicho pacto será, precisamente, la ley del domicilio común la rectora de la validez y régimen jurídico del pacto (esta será en la mayoría de las ocasiones la ley rectora); en ausencia de domicilio común entra en juego la otra ley personal: la nacionalidad común. Teniendo en cuenta la configuración de los pactos sucesorios y su frecuente limitación a su realización entre personas pertenecientes a la misma familia, puede no ser infrecuente el sometimiento del pacto a esta ley (*v.gr.*, padres e hijos con la misma nacionalidad pero domiciliados en países distintos). Por último, cuando la situación esté tan sumamente dispersa en el espacio –y los pactantes no hayan tenido el cuidado de elegir la ley aplicable al pacto– será la ley más estrechamente vinculada al pacto (no a los pactantes, aunque claramente éstos también son relevantes) la rectora del pacto sucesorio.

Deben tenerse en cuenta a este respecto dos aspectos importantes: en primer lugar, que la ley rectora de la validez y régimen jurídico del pacto sucesorio puede ser distinta de la ley sucesoria. Y seguirá siendo esta segunda, como en el caso de los testamentos, la que determine el alcance de las legítimas de cónyuge e hijos. En segundo lugar, como consecuencia de esta posible disociación entre ley aplicable al pacto sucesorio y ley sucesoria, hay que puntualizar que la autonomía de la voluntad que permite a los pactantes elegir la ley del domicilio de cualquiera de ellos no puede confundirse con la *professio iuris* consagrada en el art. 41.2º de la Ley. Esta última es unilateral, esencialmente modificable por la voluntad del causante y determinante de la ley sucesoria. La que opera en materia de pactos es bilateral, no modificable por exclusiva voluntad de uno de los pactantes, y limitada a la validez del pacto: no determina la ley sucesoria. Ello no obsta para que, en una sucesión bien planificada, la ley rectora del pacto y la ley sucesoria puedan coincidir a través de la combinación de las posibilidades que ofrecen los párrafos 2 y 4 del art. 41.

**304.** El art. 41 de la Ley termina con una nueva norma que flexibiliza una solución clásica, cual es la aplicación de la ley sucesoria a las operaciones particionales. Esta solución da entrada de nuevo a la autonomía de la voluntad, pero esta vez no del causante, sino de los realmente interesados en la sucesión: los llamados por cualquier tipo de vocación, testada, intestada o paccionada. Estos podrán realizar la partición conforme a lo dispuesto por la ley sucesoria (ley del último domicilio del causante o la ley elegida por éste mediante el ejercicio de la *professio iuris*) o bien por la que ellos acuerden de entre aquella donde la sucesión se abre y la del país donde se hallen la mayoría de los bienes hereditarios.

**305.** Por lo demás, hay que señalar que la ley sucesoria será de aplicación a las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión; la determinación de los herederos, legatarios u otros beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de cualquier otro derecho sucesorios, incluido los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites; la capacidad para suceder; las causas de desheredación y de incapacidad de suceder por estar incurso en causa de indignidad; la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia; las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia; la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia; la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o contra los herederos u otros beneficiarios; la obligación de reintegrar, computar o colacionar las donaciones o liberalidades realizadas en vida por el causante; y la partición de la herencia con la matización efectuada en el último párrafo del artículo.

**Art. 42.** *Forma de las disposiciones testamentarias.* Las disposiciones testamentarias serán válidas en cuanto a la forma si se ajustan a lo dispuesto por la ley del lugar de disposición, o por la ley del domicilio del causante en el momento de la disposición o en el momento del fallecimiento, o por la ley nacional del causante en el momento de la disposición o en el momento del fallecimiento.

**306.** La ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias siempre ha estado presidida por un objetivo: el *favor validitatis* o la determinación de la ley más favorable a la validez formal de la disposición<sup>404</sup>. Ciertamente, no es esta finalidad privativa de la forma de las disposiciones testamentarias. En general, la forma y solemnidades de los actos jurídicos se ha sujetado desde muy antiguo a una regla de alternatividad *in favorem*, al menos entre la ley rectora del fondo y la ley del lugar de conclusión del acto<sup>405</sup>. No obstante tal objetivo alcanza hasta la fecha, su máxima expresión en materia sucesoria: el Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de 5 octubre 1961, lo atestigua de forma fehaciente<sup>406</sup>.

El art. 42 de la Ley ofrece hasta cinco potenciales leyes distintas que están llamadas a valorar de manera alternativa la validez formal de una disposición *mortis causa*. Basta con que la disposición sea formalmente válida para una de las leyes en presencia para que la validez se afirme con independencia de que no lo sea para las demás.

**307.** La regla se aplica tanto a la validez de las disposiciones testamentarias otorgadas por primera vez como a la revocación o modificación de dichas disposiciones. En este caso, la aplicación pura y simple de la regla lo único que hace es desplazar en el tiempo los criterios de conexión que describe: habrán de tenerse en cuenta en el momento de la revocación, modificación, etc. Sin embargo, dada su finalidad, la regla retenida no descarta que pueda considerarse formalmente válida una modificación o revocación de disposición testamentaria si se ajusta a una ley de acuerdo con la cuál la disposición original era válida. Si, por ejemplo, —haciendo abstracción a efectos meramente explicativos del resto de las posibles leyes— un testamento era válido en cuanto a la forma de acuerdo con la ley del lugar de otorgamiento y es revocado con posterioridad en otro lugar, la revocación sería formalmente válida cumpliendo los requisitos formales de este segundo lugar, o cumpliendo los requisitos formales del lugar de otorgamiento del testamento. Se trata de una extensión lógica del mismo principio *favor validitatis* que gobierna el art. 42.

<sup>404</sup> CONC.: Art. 43 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 93 Ley DIPr suiza; art. 84 Código DIPr belga; art. 48 Ley DIPr italiana; art. 66 Ley DIPr polaca; art. 39 Proyecto dominicano, art. 85 Proyecto boliviano; art. 31 Proyecto uruguayo; art. 42 Proyecto colombiano.

<sup>405</sup> Vid. M. Requejo Isidro, *La ley local y la forma de los actos en Derecho internacional privado español*, Madrid, Eurolex, 1998, donde se explica este principio desde una perspectiva histórica y de Derecho comparado.

<sup>406</sup> Este Convenio vincula a más de cuarenta Estados de la comunidad internacional, entre los que se encuentran Antigua y Barbuda y Granada de entre los países de OHADAC.

Asimismo, la regla se aplica a todo tipo de disposición por causa de muerte, testamento de cualquier tipo –incluyendo los casos en los que dos personas otorgan dos testamentos en el mismo acto–, los pactos sucesorios de cualquier tipo y, como se ha dicho, las declaraciones de elección de ley en los términos prescritos por el art. 41 (*professio iuris*), así como cualquier tipo de acto por el que se revoque o modifique tanto la disposición testamentaria como la *professio iuris*.

**Art. 43. Sucesión del Estado.** Cuando la ley aplicable a la sucesión, en el caso de que no haya herederos, no atribuya la sucesión al Estado, los bienes sucesorios ubicados en Caribe pasan a ser propiedad del Estado caribeño.

**308.** El problema de la atribución de bienes sucesorios al Estado u otros organismos jurídico públicos a él vinculados o de él dependientes, o a entidades territoriales con autonomía propia dentro del Estado es clásico y precisa una respuesta concreta para evitar el bloqueo a que puede dar lugar una reivindicación concurrente de dos Estados sobre los mismos bienes o, por el contrario, una dejación o abandono igualmente concurrente de dos Estados sobre los bienes o determinados bienes del causante<sup>407</sup>. Ello es debido a la distinta concepción del papel del Estado en el fenómeno sucesorio: mientras que algunos ordenamientos jurídicos consideran al Estado como heredero de última llamada, otros se apartan de esta calificación sucesoria y consideran que el Estado puede aprehender los bienes vacantes en su territorio en función de un derecho de apropiación de naturaleza pública. En este escenario, cuando, por ejemplo, la ley sucesoria corresponde a un Estado que no considera a éste “heredero” sino que le atribuye un mero derecho de apropiación sobre los bienes situados en su territorio, aquellos bienes situados en un Estado diferente pueden encontrarse en una situación de *bona vacantia* si la ley del lugar de situación califica el derecho del Estado como genuinamente sucesorio: el primer Estado no reivindica los bienes fuera de su territorio por no tener título para ello y el segundo no reivindica los situados en su territorio por la misma razón. La situación contraria, es menos problemática: si el Estado cuya ley rige la sucesión se considera heredero de todos los bienes del causante a título de tal, reivindicará la titularidad de dichos bienes cualquiera que sea el lugar donde se encuentren; es verdad que tal reivindicación solo será eficaz si los demás países en los que radiquen bienes del causante no se oponen, bien porque también reconocen ese derecho, bien porque aun considerando que pudieran tener una regalía sobre los mismos, aplican la ley sucesoria en su integridad y asumen la naturaleza de heredero del Estado extranjero<sup>408</sup>.

<sup>407</sup> Art. 49 Ley DIPr italiana y en el art. 41 Proyecto dominicano; art. 88 Proyecto boliviano.

<sup>408</sup> Fue el supuesto clásico *Re Maldonado (deceased); State of Spain v Treasury Solicitor. Court of Appeal*, [1954] P 223, [1953] 2 All ER 1579, [1954] 2 WLR 64.

**309.** Este planteamiento en cierta manera ortodoxo desde un punto de vista estrictamente conflictual conduce a un tratamiento más amable a los Estados cuyas leyes los consideran verdaderos herederos que a los que ostentan meramente derecho privilegiado de apropiación sobre los bienes sitos en sus territorios y, sobre todo, deja sin resolver el destino de los bienes no reivindicados por ninguna de las leyes en el primero de los ejemplos propuestos: ¿existe algún tipo de prerrogativa sobre ellos o pasan a integrar un supuesto genérico de *res nullius* sujeto a las reglas de ocupación de la *lex rei sitae*? El art. 43 de la Ley ofrece una respuesta material y directa a esta pregunta que, por un lado, respeta lo dispuesto en la ley sucesoria hasta sus últimos extremos<sup>409</sup>, y por otro, resuelve el supuesto de un eventual conflicto negativo, ausencia de reivindicación de los bienes localizados en Caribe, al atribuir directamente dichos bienes al Estado de situación. Sintetizando, si la ley sucesoria considera heredero al Estado, éste hereda; si no, los bienes de la herencia localizados en Caribe pasan directamente a ser propiedad del Estado caribeño<sup>410</sup>. Respecto de los localizados en otros países, obviamente, nada se regula.

**Art. 44. Donaciones.** 1. Las donaciones se rigen la ley del domicilio del donante al momento de la donación.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el donante puede, por declaración expresa conjuntamente con la donación, someterla a la ley de su nacionalidad.

3. La donación es válida, en cuanto a la forma, si es considerada como tal por la ley que rige su contenido o por la ley del Estado en donde se realiza.

**310.** Esta norma se refiere a la ley rectora de las donaciones y ello requiere una primera labor de calificación de la institución que no resulta excesivamente compleja, habida cuenta de que el Derecho comparado suele identificar de forma más o

<sup>409</sup> Otras posibilidades son imaginables: el reciente art. 33 del Reglamento (UE) 650/2012, toma claramente partido por la vía de la apropiación, del interés público, al margen de la ley sucesoria, dado que señala: “En la medida en que, conforme a la ley aplicable a la sucesión determinada por el presente Reglamento, no hubiera heredero ni legatario de ningún bien en virtud de una disposición mortis causa, ni ninguna persona física llamada por esa ley a la sucesión del causante, la aplicación de dicha ley no será obstáculo para que un Estado miembro o una entidad designada por dicho Estado miembro pueda tener el derecho de apropiarse, en virtud de su propia ley, de los bienes hereditarios que se encuentren situados en su territorio, siempre y cuando los acreedores puedan obtener satisfacción de sus créditos con cargo a los bienes de la totalidad de la herencia”. Debe tenerse en cuenta, la alusión que se hace tanto a la “disposición *mortis causa*” como a la “persona física llamada”, por la ley de la sucesión. Tampoco es la solución prevista por la Ley de DIPr venezolana que privilegia el derecho de apropiación del Estado de Venezuela frente a posibles Estados herederos extranjeros (art. 36). *Vid.* T. B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado: tres años de su vigencia, op. cit.*, pp. 90–91, donde se hace eco de las críticas sobre la ausencia de armonía internacional que su solución alberga.

<sup>410</sup> *Vid.* esta misma solución en el art. 49 Ley DIPr italiana y en el art. 40 Proyecto dominicano; *vid.* también art. 113 Ley Dipr panameña.

menos homogénea los dos elementos clave de este negocio: su gratuidad y su efecto de empobrecimiento del donante con el correspondiente enriquecimiento del donatario<sup>411</sup>.

Desde una perspectiva más sistemática, uno de los problemas tradicionales que ha planteado la determinación de la ley aplicable a las donaciones en el Derecho internacional privado, además de el de su propia conceptualización, es su consideración bien como un acto vinculado a la esfera individual o personal del individuo o bien como un acto estrictamente negocial o contractual, donde la faceta o dimensión personal cedería su lugar a la económica<sup>412</sup><sup>413</sup>. Tanto la ubicación sistemática del art. 44 de la Ley como sus soluciones particulares en cuanto a la identificación de la ley aplicable (ley personal y posibilidad de elección unilateral por parte del donante) se decantan por la dimensión personalista de la ley aplicable a la donación.

La otra gran cuestión, cada vez más común en función del grado de especialización de las soluciones de Derecho internacional privado y, como consecuencia de ello, la proliferación de una multitud de normas de conflicto para regular aspectos en ocasiones intrínsecamente vinculados, es la delimitación entre la ley rectora de las donaciones con carácter general, y la rectora de otras cuestiones como, singularmente, los efectos patrimoniales del matrimonio y las sucesiones. Resulta en este sentido clásica la necesidad de determinar si las donaciones por causa de muerte se rigen por la ley rectora de la sucesión o por la rectora de las donaciones<sup>414</sup>; y otro tanto ocurre con las llamadas donaciones por razón de matrimonio<sup>415</sup>: ¿se someten a la ley rectora de las donaciones o a la de los efectos patrimoniales entre los cónyuges?

En el caso de las donaciones *mortis causa*, su inclusión en el ámbito de aplicación de este precepto o en la órbita del art. 44 de la Ley dependerá de si el efecto

---

<sup>411</sup> “La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta” (art. 1433 Código civil de Colombia). “Por el contrato de donación una persona, a expensas de su patrimonio, transmite gratuitamente la propiedad de un bien en favor de otra que la acepta” (art. 371 Cc de Cuba). “La donación es el contrato por el cual una persona transfiere gratuitamente una cosa u otro derecho de su patrimonio a otra persona que lo acepta” (art. 1.431 Cc de Venezuela).

<sup>412</sup> CONC.: Art. 56 Ley DIPr italiana; art. 41 proyecto dominicano; art. 66 Proyecto Código Modelo de DIPr mexicano; art. 28 Proyecto colombiano.

<sup>413</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, “El Derecho aplicable a las donaciones”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, pp. 63–89.

<sup>414</sup> En algunos supuestos la calificación derivada del Derecho civil es inequívoca. Art. 943 Cc de Guatemala: “Las donaciones por causa de muerte se rigen por las mismas disposiciones de los testamentos sobre legados”. Art. 1393 Cc de Costa Rica: “La donación que se haga para después de la muerte, se considera como disposición de última voluntad y se rige en todo por lo que se dispone para testamentos”.

<sup>415</sup> Art. 1842 Cc de Colombia: “Las donaciones que un esposo hace a otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, y las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio, y en consideración a él, se llaman en general donaciones por causa de matrimonio”.

típico de la donación (empobrecimiento del donante más enriquecimiento del donatario) se hace depender exclusivamente de la muerte del donante previa a la del donatario, o dicha muerte es simplemente el motivo o la condición para la realización de una donación que se pretende que tenga eficacia inmediata. En el primero de los casos será la ley sucesoria la competente y en el segundo la propia ley rectora de la sucesión<sup>416</sup>. Las donaciones por razón de matrimonio que estén desvinculadas de un específico objetivo de contribución al sostenimiento del patrimonio conyugal no tienen por qué escapar al ámbito de aplicación de la norma que comentamos, aunque cuando el Derecho rector de los efectos del matrimonio las considere indisolublemente unidas a dicho sostenimiento podrían ser incluidas dentro de su ámbito<sup>417</sup>.

En este mismo orden de ideas también plantean problemas de calificación las llamadas donaciones remuneratorias (hecha en agradecimiento al donatario o en consideración de sus méritos), aquellas en las que se impone algún tipo de obligación al donatario, o las que no aparecen exentas como genuino negocio gratuito, sino que se integran en un negocio mixto, con parte gratuita y parte onerosa. En todos estos supuestos la clave de la calificación es la señalada derivada de la triple condición, gratuidad, empobrecimiento y enriquecimiento, de tal manera que en ocasiones, podrá procederse a una escisión de la ley aplicable, rigiendo, por ejemplo, la rectora de la donación en la parte gratuita y la rectora del negocio jurídico oneroso de que se trate en la restante.

**311.** Como se ha señalado, la respuesta que ofrece el art. 44 de la Ley es nítidamente personalista y acoge en diversa medida a las leyes personales del donante: será aplicable la de su domicilio salvo que opte expresamente por la de su nacionalidad (o la de cualquiera de sus nacionalidades en caso de poseer varias). Estas soluciones se concretan temporalmente en el momento de la donación, algo que de forma expresa se señala en el apartado primero y de forma cierta (“declaración expresa conjuntamente con la donación”) en el segundo. Esta concreción temporal es un tributo a la dimensión negocial de la donación y hace que, en el caso de la elección de ley, ésta no pueda modificarse o revocarse con posterioridad (tal cual, por ejemplo, puede hacerse con la *professio iuris* sucesoria).

El párrafo tercero contempla una necesaria norma aplicable a la forma de la donación que, participando del *favor validitatis* inherente a la ley aplicable a las formalidades de los actos, se caracteriza por su medida: dos leyes potencialmente aplicables, la *lex loci celebrationis* y la *lex causae*. La solución es más sobria que la que se arbitra para la forma de las obligaciones contractuales<sup>418</sup> marcando esta dimensión personal a la que se ha hecho alusión.

---

<sup>416</sup> P. Jiménez Blanco, *loc. cit.*, p. 77.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>418</sup> *Vid. infra* comentario al art. 51 de la presente Ley.

**312.** La ley designada por el art. 44 para regir la sucesión se aplicará a los requisitos de capacidades especiales para ser donante así como para ser donatario, en este caso, con especial mención de las prohibiciones o limitaciones para recibir donaciones. Esta regla se puede ver excepcionada cuando tales prohibiciones o limitaciones estén intrínsecamente vinculadas a una relación distinta que les da su sentido: por ejemplo en el caso de donaciones en las que se disponga o pretenda disponer de bienes del hijo o del pupilo, las condiciones impuestas a quien ostenta la patria potestad, responsabilidad parental u otra relación análoga y al tutor son directamente tributarias de la tutela de los intereses del hijo menor o del incapaz y debe ser la ley rectora de tales aspectos la que se aplique.

Tampoco será de aplicación la ley rectora de la donación a las vicisitudes que esta pueda desplegar dentro de la sucesión del donante. Como más atrás se puso de manifiesto<sup>419</sup>, la obligación de cómputo, imputación, reducción y eventual colación de las donaciones y demás liberalidades hechas por el causante durante su vida viene determinada por la ley sucesoria, por más que ello plantee una importante indefinición sobre la consolidación de los efectos de la donación.

#### SECCIÓN QUINTA

#### OBLIGACIONES CONTRACTUALES

**Art. 45. Autonomía de la voluntad.** 1. El contrato se rige por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en su defecto, debe desprenderse de forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de la ley aplicable.

2. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por el que se regía anteriormente, independientemente de si la ley anterior era aplicable en virtud de una elección anterior o en virtud de otras disposiciones de la presente Ley. El cambio de la ley aplicable no afectará a los derechos de terceros.

**313.** La potestad de las partes en un contrato internacional para elegir el sistema jurídico que ha de regirlo constituye un principio reconocido en la práctica totalidad de los sistemas de DIPr, dentro de lo que se conoce como “autonomía conflictual”<sup>420</sup>. Esta noción comporta la libertad de las partes de configurar sus relaciones

<sup>419</sup> *Vid. supra* comentario al art. 42 de la presente Ley.

<sup>420</sup> CONC.: Art. 28 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 116 Ley DIPr suiza; art. 98 Código DIPr belga; art. 57 Ley DIPr italiana; arts. 37–37 Ley DIPr austriaca; art.

privadas libremente y bajo su responsabilidad. No obstante el alcance de la autonomía conflictual en los sistemas de DIPr de América latina y aún caribeños sigue siendo un tema polémico que se vincula en algunos casos a la particular consideración del modelo del *common law* sobre esta cuestión<sup>421</sup>.

La manifestación más importante de la autonomía privada es la libertad contractual, que concede a las partes el derecho a decidir por sí mismas si debe concluirse un contrato y con quién debe concluirse (libertad de contratación), y qué contenido debe presentar el contrato (libertad de configuración). A ello se le añade en tercer lugar la libertad de forma, es decir, la ausencia de la obligación de concluir un contrato en forma escrita o en otra forma.

La autonomía conflictual concede a las partes de un contrato la libertad de elección del Derecho. Esto es las partes pueden decidir por sí mismas a qué derecho se

---

26 Ley DIPr polaca; art. 42 Proyecto dominicano; arts. 88 a 93; Proyecto mexicano; art. 63 Proyecto boliviano; arts. 48 y 49 Proyecto uruguayo; art. 52 Proyecto colombiano; Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994.

<sup>421</sup> En el sistema postorriqueño es de referencia obligada el caso *Maryland Casualty Co. v. San Juan Racing Association, Inc.*, 8 D.P.R. 559 (1961), a partir de una controversia típica de conflicto de leyes en materia de contratos de seguros. La póliza de seguro se había emitido en la oficina principal del asegurador en Pensilvania, pero había sido refrendada por el agente local del asegurador en Puerto Rico, en donde se domiciliaba el asegurado y en donde se localizaba el riesgo asegurado. El Tribunal Supremo señaló que el hecho de que la póliza se refrendara en la Isla permitiría aplicar la ley de Puerto Rico si se adoptara la regla de que la ley aplicable es la del lugar en el que se ejecutó el último acto necesario para la validez del contrato. *Id.* p. 564. Sin embargo, persuadido por precedentes del Tribunal Supremo federal y de tribunales estatales de Estados Unidos, el tribunal descartó las “teorías conceptualistas del ‘lugar de contratación’” y fundamentó, con criterios más amplios, la aplicación de la ley de Puerto Rico. *Id.*, pág. 562–566. En aquel momento el Derecho estadounidense en materia de conflicto de leyes se apartaba de la regla *lex loci contractus* y se movía hacia el enfoque de “centro de gravedad”, descrito por el tribunal como la doctrina que “sostiene que la ley del estado que tiene más contacto con la cosa objeto del contrato es la aplicable, ya que se presume que ese estado es el que más interés tiene en cualquier cuestión que surja relacionada con dicho contrato”. *Id.* pág. 565. Sin embargo, el tribunal también discutió extensamente las posturas de autoridades españolas en materia de contratos de adhesión y concluyó que “la doctrina que sostiene la aplicación de las leyes del estado que tiene más contacto, relación más estrecha con el contrato, [se justifica] por el enorme interés que tiene éste en proteger los intereses de sus ciudadanos”. *Id.* pp. 565–568. Igualmente, el tribunal enfatizó que ese interés del estado es particularmente importante en relación con el contrato de seguro, en el cual el asegurado generalmente tiene que aceptar lo que propone la compañía aseguradora. Para examinar algunos casos federales de conflicto de leyes en materia contractual en los cuales también se aplica el DIPr puertorriqueño en virtud de la doctrina *Erie-Klaxon*, véase *American Eutectic Weld v. Rodríguez*, 480 F.2d 223 (1st Cir. 1973); *Lummus Co. v. Commonwealth Oil Refining Co.*, 280 F.2d 915 (1st Cir. 1960); *Gemco Latinoamericana Inc. v. Seiko Time Corp.*, 623 F. Supp. 912 (1985); *Fojo v. Americana Express Co.*, 554 F. Supp. 1199 (D.P.R. 1983); *Pan American Computer Corp. v. Data General Corp.*, 467 F. Supp. 969 (1979); *Mitsui & Co. v. Puerto Rico Water Resources*, 79 F.R.D. 72 (1978); *Southern Intern. Sales v. Potter & Brumfield Div.*, 410 F. Supp. 1339 (1976); *Hernández v. Steamship Mut. Underwriting Ass’n Ltd.*, 388 F. Supp. 312 (1974) y *González y Camejo v. Sun Life Assurance Co. Of Canada*, 313 F. Supp. 1011 (D.P.R. 1970). *Beatty Caribbean, Inc. v. Viskase Sales Corp.*, 2 F.Supp.2d 123 (D.P.R.2003); *Puerto Rico Telephone Co., Inc. v. U.S. Phone Mfgn. Corp.* 427 F.3d (1st Cir. 2005).

somete la relación jurídica existente entre ellas<sup>422</sup>. Esta libre elección del Derecho en el plano del Derecho positivo está legitimada exclusivamente en el Derecho de cada Estado, y no deriva directamente del postulado de libertad personal, con independencia de la forma en que éste se configure; son por tanto las normas de conflicto del foro y no las partes quienes determinan los criterios de conexión del contrato con un orden jurídico determinado<sup>423</sup>. Sentado esto no cabe duda que el hecho de que sean las propias partes sean quienes decidan sobre cómo quieren defender y equilibrar sus intereses se corresponde con la idea de contrato. De esta suerte la autonomía conflictual no es una mera prolongación de la autonomía privada, sino que es expresión misma de una idea de autonomía y de libertad por encima del Derecho positivo<sup>424</sup>. La libertad de elección de Derecho se justifica esencialmente, de un lado, en la obtención de un importante volumen de seguridad jurídica, en segundo lugar, en el reforzamiento del principio de igualdad para que las partes en el contrato puedan adaptarse al Derecho en el tráfico transfronterizo y, por último, en el postulado de previsibilidad del ordenamiento aplicable<sup>425</sup>.

**314.** La autonomía de la voluntad es también el primer criterio de determinación de la ley aplicable a esta materia en la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 17 marzo 1994, suscrita en México DF el 17 marzo 1994 en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V). La Convención interamericana se elaboró sobre la base de la experiencia del Convenio de Roma de 1980 del que deliberadamente se alejó al menos parcialmente en algunos aspectos, en concreto en el relativo a la determinación del Derecho aplicable al contrato a falta de elección por las partes<sup>426</sup>. Aunque, condicionada por su escasa aceptación, la Convención inter-

---

<sup>422</sup> Esto se refleja en particular el instrumento legal que constituye la principal referencia a nivel internacional en esta materia, que es el Reglamento (CE) nº 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177/6, 4.7.2008), que recoge las normas uniformes en esta materia en el marco de la Unión Europea y sustituyó al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el que introdujo modificaciones de cierto alcance. Estos instrumentos han servido de referencia en los últimos años en las codificaciones de Derecho internacional privado de países de todo el mundo, incluidos. *Vid.* B. Ancel, "Autonomía conflictual y Derecho material del comercio internacional en las Convenios de Roma y de México", *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 35 ss.

<sup>423</sup> K. Siehr, "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich, Schulthess, 1989, pp. 485 ss, esp. p. 486.

<sup>424</sup> S. Leible, "Außenhandel und Rechtssicherheit", *ZVglRWiss*, 97, 1998, pp. 286 ss, esp. p. 289.

<sup>425</sup> S. Leible, "Comercio exterior y seguridad jurídica", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nº 31, 1998, p. 397.

<sup>426</sup> *Vid.* H.S. Burman, "International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s", *Vanderb. J. Transn. L.*, vol. 28, 1995, p. 367; A. Gebele, *Die Konvention von México. Eine Perspektive für die Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens*, Birkenau, 2002; R. Herbert, "La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Rev. Urug. Der. Int. Priv.*, nº 1, 1994, p. 1; F.K. Juenger, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts. Some Highlights and Comparison", *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994, pp. 381 ss; L. Pereznieta Castro, "Introducción a la Convención interameri-

americana ha ejercido una influencia mucho menor que el Convenio de Roma en los legisladores de otras zonas del mundo, pero constituye un elemento de referencia obligada en América.

En efecto, la cuestión de la “contratación internacional” fue incluida por primera vez en la agenda de la CIDIP-IV que se realizó en 1989 estableciendo la Conferencia una serie de criterios básicos relativos a la ley aplicable en materia de contratos internacionales. Con posterioridad la discusión giró en torno a la conveniencia de una convención “regional” siguiendo los parámetros de la Convención de Roma de 1980 o la participación activa y unitaria de los países latinoamericanos en la elaboración de un instrumento de unificación de carácter universal adoptado por un organismo internacional o en otras iniciativas como las puestas en práctica por el *Unidroit*. Pese a esta falta de consenso el Comité Jurídico Interamericano se decidió por una solución regional y por limitar el enfoque a la cuestión de la ley aplicable, encomendando al prestigioso jurista mexicano, José Luis Siqueiros la elaboración de un anteproyecto de convención interamericana sobre la ley aplicable a la contratación internacional que sería aprobado en 1991. Con posterioridad el Comité Jurídico Interamericano, a solicitud del Consejo Permanente, redactó en 1993, un proyecto de Normas para la Regulación de Negocios Jurídicos Internacionales al que siguió una reunión de expertos, celebrada en la ciudad de Tucson, Arizona, Estados Unidos, en 1993. Aquí la presencia del profesor de la Universidad de California-Davis F. Juenger fue decisiva y dicha presencia justifica el alejamiento de la Convención de México respecto de la Convención de Roma cuyas soluciones, a juicio del referido profesor, resultaban altamente deficientes. En su opinión, los autores europeos, cayendo víctimas de la moda conflictual contemporánea, se habían basado en un principio vago (aplicación del Derecho del Estado con el cual el contrato tiene “los vínculos más estrechos”), lo cual era totalmente insatisfactorio. Por tanto la balanza se inclinó a favor de la conveniencia de trasladar al juez la tarea de localizar, a falta de elección de las partes, el ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el contrato, permitiéndole resolver, caso a caso, la cuestión de la ley aplicable. El resultado fue un nuevo proyecto de Convención sobre el Derecho aplicable en materia de contratación internacional que fue sometido, como principal documento de trabajo, a las deliberaciones de la CIDIP V y que dio como resultado la Convención de México de 1994. No obstante éxito de la Convención reside en su aceptación por los Estados que han participado en su elaboración. Indudablemente la Convención ha tenido más éxito en los foros académicos. Baste señalar que únicamente la han firmado cinco Estados (Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela) y que solo dos la han ratificado (México y Venezuela). De esta suerte el texto está en vigor en dos países (solo se requieren dos ratificaciones).

**315.** El precepto que se comenta reproduce los arts. 7 y 8 de la Convención de

---

cana a sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 30, 1994, pp. 765 ss; *id.*, El negocio jurídico en el Derecho internacional privado en Mxico”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 39-85.

México. La elección por las partes de la ley aplicable es un instrumento que proporciona certeza y previsibilidad y permite dar cabida a los intereses de las partes, por ejemplo, al hacer posible que seleccionen un sistema normativo que consideren especialmente apto por su contenido, por su carácter neutral o por ser útil para unificar el régimen de contratos diversos. El principio de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley del contrato –autonomía conflictual– se encuentra recogido en el apartado 1 del art. 45 de la Ley Modelo. Esta norma, en línea también con el contenido del Reglamento Roma I establece un régimen de condiciones al ejercicio de la autonomía conflictual muy liberal. Así, permite que la elección se lleve a cabo tanto de forma expresa como tácita. Indicios significativos en relación con la posible elección tácita pueden ser –si bien habrán de ser valorados a la luz del conjunto de las circunstancias– el que en el contenido del contrato se incluyan reiteradas referencias a disposiciones concretas de un único ordenamiento jurídico, así como el que –surgida la controversia– la demanda y la contestación aparezcan exclusivamente fundadas en el Derecho de un determinado país, pues la elección de la ley del contrato por las partes puede tener lugar en cualquier momento. Por sí sola, la mera designación en el contrato de los tribunales de un país como competentes para conocer de las controversias derivadas del contrato no implica una elección tácita de la ley de ese país, si bien sí es uno de los factores que deben tenerse en cuenta al determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato. Además, el art. 45 no exige que el ordenamiento elegido se halle conectado con el negocio.

**316.** Con respecto al momento de la elección de la ley aplicable, el art. 45 contempla la posibilidad de que las partes seleccionen el Derecho aplicable en un momento posterior –o anterior– a la celebración del contrato, así como de que modifiquen el ordenamiento designado. En todo caso, la modificación de la ley aplicable no puede afectar a los derechos de terceros.

Además, el art. 45 admite la elección parcial de la ley aplicable, pues la ley que se selecciona puede serlo para regir “la totalidad o solamente una parte del contrato”. Para que la elección parcial sea posible, debe ir referida a una parte separable del resto del contrato.

**Art. 46. Determinación de la ley aplicable a falta de elección.** 1. Si las partes no hubieran elegido una ley aplicable, o si su elección resultara ineficaz, la ley aplicable al contrato se determinará por las siguientes disposiciones:

- i) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;
- ii) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

iii) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

iv) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;

v) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

vi) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;

vii) el contrato que tenga por objeto principal la explotación de derechos de propiedad industrial o intelectual se regirá por la ley del país de explotación de los derechos en el caso de que estos sean relativos a un único país; cuando sean relativos a más de un país, se aplicará la ley de la residencia habitual del titular del derecho

2. Cuando el contrato sea distinto de los previstos en el apartado precedente, la ley aplicable será la del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

**317.** Esta disposición se ocupa del régimen general de determinación de la ley aplicable a los contratos en defecto de elección por las partes<sup>427</sup>. Sólo quedan al margen ciertas categorías de contratos para los que se prevé un régimen especial, como es el caso de los contratos de consumo y los contratos individuales del trabajo. El contenido de sus reglas responde en gran medida al modelo del art. 4 Reglamento Roma I, a su vez directamente condicionado por su equivalente en el Convenio de Roma de 1968, si bien en la redacción del Reglamento se introdujeron en esta materia importantes cambios para tratar de superar las principales dificultades observadas en la aplicación del artículo del Convenio y eliminar dudas acerca del funcionamiento de las reglas<sup>428</sup>.

<sup>427</sup> P. de Miguel Asensio, "La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el art. 4 del Convenio de Roma de 1980", *Revista Jurídica Española La Ley*, XVI, 1995, pp. 1-7.

<sup>428</sup> CONC.: Art. 30 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 117 Ley DIPr suiza; art. 65 Proyecto boliviano; art. 45 Proyecto uruguayo; art. 53 Proyecto colombiano.

El principio básico de determinación de la ley aplicable es el llamado principio de proximidad, que se basa en la aplicación de la ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Se trata de un principio caracterizado por su flexibilidad, pues requiere normalmente que el aplicador disponga de un significativo margen de apreciación para determinar cuál es ese país a la luz de las circunstancias del caso concreto. Esa flexibilidad puede, sin embargo, obstaculizar la realización del objetivo general de proporcionar seguridad jurídica. El concepto de vínculos más estrechos no puede entenderse referido a índices de proximidad estrictamente geográficos: “residencia de las partes”, “lugar de celebración del contrato”, “lugar de ejecución del contrato”, “lugar de situación de los bienes o derechos objeto del contrato”, “mercado afectado por el contrato”. Cada uno de estos criterios de conexión no tiene valor en sí mismo ni alcance general; su peso depende del grado de vinculación jurídica y económica que presente respecto de un contrato en particular, por lo que su influencia es variable según el tipo de contrato y su naturaleza. Lo fundamental no es la circunstancia geográfica, sino la medida en que tal vinculación responde a las exigencias de eficiencia económica, seguridad del tráfico y previsibilidad de las partes a tenor de la finalidad económica y jurídica de un contrato determinado. A título de ejemplo, la celebración de un contrato es un elemento a tener en cuenta en los contratos en que participa un consumidor<sup>429</sup>.

**318.** El equivalente del art. 4 del Reglamento Roma I en la Convención interamericana de México es su art. 9 de la Convención interamericana. Pese a adoptar el mismo criterio de partida, la Convención interamericana se basa en un enfoque mucho más flexible que el modelo europeo en lo que se refiere a la determinación del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos —y muy alejado del enfoque prevalente en los países de Iberoamérica. La Convención de México optó por no establecer reglas de concreción del principio de proximidad, limitándose a prever que: “El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”.

Esta formulación de la Convención interamericana se presta a un juicio crítico en la medida en que no facilita la determinación por los jueces de la ley aplicable (por ejemplo, los Principios de UNIDROIT no incorporan ninguna regla sobre determinación de la ley del contrato). La inclusión de ese precepto es producto de la acogida de un planteamiento opuesto a la utilización de la técnica conflictual para determinar el régimen jurídico de los contratos internacionales. Mientras que el apartado 1 de ese artículo prevé el empleo de la técnica conflictual, al establecer la aplicación del Derecho del Estado con el que el contrato presente los vínculos más estrechos; el apartado 2, en lugar de aportar criterios que guíen a los tribunales en la determi-

---

<sup>429</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas-Tomson-Reuters, 2013, pp. 561 ss.

nación de la ley del contrato, prevé la toma en consideración de los usos del comercio internacional en una fase (la relativa a la precisión del ordenamiento estatal aplicable) en el que prácticamente nada pueden aportar. Una cosa es que la ley (estatal) del contrato tenga una trascendencia práctica limitada incluso ante los tribunales estatales y que en el régimen jurídico material de los contratos internacionales las reglas extra-estatales tengan una creciente importancia, y otra, muy distinta, es que ese tipo de reglas aporten soluciones cuando de lo que se trata es de determinar la ley (estatal) del contrato a falta de elección por las partes.

Frente al modelo de la Convención interamericana, el art. 4 del Reglamento Roma I, como demuestran en particular las novedades introducidas en sus apartados 1 y 3, ha optado por reforzar la búsqueda de la seguridad jurídica en la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos, con el objetivo de favorecer la aplicación uniforme de sus normas en todos los Estados miembros y dotar de mayor previsibilidad al régimen jurídico de los contratos internacionales.

**319.** El art. 46 de la Ley Modelo establece en su apartado 1 una relación de tipos contractuales para los que concreta cuál es la ley aplicable en atención al lugar de la residencia habitual de uno de los contratantes o al lugar en el que se localiza el elemento que se considera determinante del centro de gravedad del contrato. Esta opción pretende aportar una mayor previsibilidad en comparación con el sistema del Convenio de Roma, cuyo apartado 1 se limitaba a establecer el criterio general de que la ley aplicable es la del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos.

Cuando el contrato cuya ley hay que determinar se halla comprendido en alguna de las categorías contempladas en el apartado 1 del art. 46, el país cuya ley es aplicable resulta en principio determinado con precisión por las reglas contenidas en ese apartado. Por ejemplo, si se trata de un contrato de compraventa de mercaderías, la ley aplicable es la del país donde el vendedor tenga su residencia habitual. Para satisfacer su función de proporcionar seguridad jurídica, el art. 46 incorpora una relación amplia de categorías de contratos, que incluye algunas no recogidas en el Reglamento Roma I, con el objetivo de proporcionar un régimen más elaborado y preciso. Así ocurre en particular con respecto a la inclusión de una disposición específica relativa a los contratos que tengan por objeto principal la explotación de derechos de propiedad industrial o intelectual

**320.** Sólo para aquellos contratos que no se hallan comprendidos en las categorías del apartado 1 o para los que éstas no aportan una solución, por combinar elementos de más de una de esas categorías, resulta preciso concretar cuál es la prestación característica. Con respecto a esos contratos, el apartado 2 establece que la ley aplicable es la del país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. La técnica de la prestación característica contempla como supuestos paradigmáticos aquellos en los que la contraprestación de uno de los contratantes consiste exclusivamente en el pago de dinero; en tales casos,

característica será la prestación por la que es debido el pago, esa es la prestación que diferencia al tipo contractual de que se trate frente a otros, es la que determina la esencia del contrato y la que es objeto de una más elaborada regulación. La prestación característica desempeña un papel menor que en el Convenio de Roma, pues sólo es preciso determinarla cuando el contrato no se halla comprendido en ninguna de las categorías de contratos mencionadas en el apartado 1.

Además, el apartado 3 incluye una cláusula de escape o de corrección, en virtud de la cual, la ley indicada en los apartados 1 o 2, es decir, la fijada para cada uno de los tipos contractuales recogidos o, en su defecto, la de la sede del prestador característico, no se aplica si del conjunto de las circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en dichos apartados. De acuerdo con esta norma, el principio de los vínculos más estrechos desempeña una función de corrección en la aplicación de las reglas de los apartados 1 y 2. Para reforzar la seguridad jurídica en la determinación de la ley aplicable, la cláusula de escape, en línea con el art. 4 del Reglamento Roma I, está redactada de manera que aclara que debe operar sólo con carácter excepcional, como resulta de la exigencia de que esa mayor vinculación debe ser manifiesta y debe desprenderse claramente del contrato.

**321.** Por último, el apartado 4 establece una solución de cierre, ideada sólo para aquellos casos en los que el contrato no puede clasificarse como uno de los tipos especificados en el apartado 1 y además no pueda determinarse el país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica. Ciertamente, en ocasiones la determinación de la prestación característica puede resultar imposible. Las situaciones paradigmáticas son aquellas –como la permuta– en las que los contratantes intercambian prestaciones de idéntica naturaleza, sin que una de ellas se configure en la estructura negocial como remuneratoria.

Para situaciones como esas, el apartado 4 dispone que la ley aplicable debe concretarse en atención al criterio de proximidad, estableciendo que la ley aplicable es la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos, sin establecer en principio precisiones adicionales, lo que abocará necesariamente a un examen individualizado de las circunstancias del caso concreto. La naturaleza, contenido y configuración del contrato deben ser el punto de partida en la búsqueda del país más vinculado. El Preámbulo del Reglamento Roma I aporta la precisión de que para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup> “A falta de elección, cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base de que el contrato pueda catalogarse como uno de los tipos especificados o como la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, el contrato debe regirse por la ley del país con el cual presente unos vínculos más estrechos. Para determinar ese país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos”.

**Art. 47. Contratos de trabajo.** 1. La ley aplicable al contrato individual de trabajo será la elegida por las partes de conformidad con el art. 45, que sólo se aplicará en la medida en que no aminore los estándares de protección del trabajos previstos en la ley aplicable establecida de conformidad con el apartado siguiente.

2. Los contratos de trabajo se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la prestación laboral, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.

3. Cuando no pueda determinarse el lugar donde habitualmente se realiza la prestación laboral, la ley aplicable será la del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato.

**322.** La inclusión de reglas de ley aplicable específicas para los contratos individuales de trabajo responde al objetivo de proteger al trabajador como parte débil de estas relaciones contractuales. El precepto tiene una finalidad tuitiva claramente, al introducir límites materiales muy notables a la posibilidad de elegir el Derecho aplicable<sup>431</sup>. Esta no está descartada, pero sólo resulta lícita en la medida en que la ley elegida, imponible por el empleador como parte fuerte, sólo resulta de aplicación si favorece al trabajador. La fórmula utilizada para conseguir la aplicación de la ley elegida, como ley más favorable al trabajador, consiste en prever la aplicación de las normas imperativas de protección de la ley que resultaría aplicable en defecto de elección (párrafo 1º). En este caso, el concepto de normas imperativas de protección del trabajador incluye las normas simplemente imperativas, no derogables por contrato, por lo que la elección de una Ley distinta sólo puede conducir a un régimen legal más favorable para el trabajador y nunca menos. En tal sentido, conviene recordar que el contenido de los convenios colectivos forma parte indisociable de la ley aplicable al contrato individual de trabajo.

A escala comparada el modelo más elaborado e influyente en esta materia es el contenido ahora en el ámbito de la Unión Europea en el art. 8 del Reglamento Roma I, que se corresponde con el art. 6 del Convenio de Roma de 1980.

A partir de este modelo, el art. 47 desplaza para los contratos individuales de trabajo el régimen general de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales establecido en los **arts. 45 y 46**. El precepto tiene como finalidad última la protección del trabajador, al introducir importantes límites materiales a la posibilidad de elegir el Derecho aplicable. Si bien ésta posibilidad no se descartada, resulta únicamente lícita en la medida en que la ley elegida, imponible por el empleador como parte fuerte, sólo resulta de aplicación si favorece al trabajador. La fórmula utilizada para conseguir la aplicación de la ley elegida, como ley más favorable al

<sup>431</sup> CONC.: Art. 91 Código DIPr panameño; art. 121 Ley DIPr suiza; art. 44 Ley DIPr austriaca; art. 3118 (Cc Quebec); art. 43 Proyecto dominicano; art. 72 Proyecto boliviano; art. 50.6º Proyecto uruguayo; art. 55 Proyecto colombiano.

trabajador, consiste en prever la aplicación de las normas imperativas que resultarían aplicables en defecto de elección (**art. 69**), por lo que la elección de una Ley distinta sólo puede conducir a un régimen legal más favorable para el trabajador y nunca menos. En tal sentido, conviene recordar que el contenido de los convenios colectivos forma parte indisociable de la ley aplicable al contrato individual de trabajo.

La ley designada en defecto de elección cumple una doble función. Propiamente, designa la ley aplicable al contrato de trabajo cuando no media elección de la ley aplicable. Indirectamente, determina el marco de protección mínimo del trabajador que no puede ser derogado por las normas establecidas en la Ley elegida.

**323.** La determinación de la ley aplicable exige distinguir dos supuestos. En primer término, si el trabajador realiza habitualmente su trabajo en un país, aun cuando temporalmente haya realizado servicios en otro distinto, será de aplicación la ley del lugar de prestación laboral realizada. Dicho lugar, por tanto, se interpreta, como lugar de prestación principal del trabajador, con lo que se consigue una notable identidad entre competencia judicial y Derecho aplicable. En segundo lugar, si el lugar de prestación habitual, entendida como “destino” de la prestación laboral, no puede determinarse, la conexión puede precisarse teniendo en cuenta el “origen” de la prestación, esto es, el lugar a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente, como ocurre con los tripulaciones y otros trabajadores de las líneas aéreas<sup>432</sup>.

**324.** Si bien el art. 47 admite la posibilidad de elección de la ley aplicable en los contratos individuales de trabajo, lo hace imponiendo restricciones significativas a tal posibilidad. En particular, la ley elegida por las partes únicamente resultará de aplicación en la medida en que no aminore los estándares de protección del trabajador establecidos en la ley aplicable a falta de elección.

Se trata de un criterio que para satisfacer el objetivo material de asegurar una adecuada protección a los trabajadores impone la exigencia de valorar el contenido de los dos ordenamientos considerados, de modo que la ley elegida por las partes sólo resulta aplicable si es más favorable para el trabajador. Por consiguiente, las reglas sobre determinación de la ley aplicable a falta de elección son determinantes en relación con estos contratos del ordenamiento que establece el estándar mínimo de protección del que se beneficia el trabajador.

**325.** Las reglas sobre determinación de la ley aplicable a falta de elección parten de la diferenciación entre dos tipos de situaciones. Para los supuestos en los que cabe identificar un país en el que se realiza habitualmente la prestación laboral, es ese elemento el que se utiliza para localizar la relación a los efectos de determinar la

---

<sup>432</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas-Tomson-Reuters, 2013, pp. 578 ss.

ley aplicable, con base en que ese debe ser el criterio principal en aplicación del principio de proximidad. Conforme al apartado 3, cuando no pueda determinarse el lugar donde habitualmente se realiza la prestación laboral, la ley aplicable será la del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato.

El lugar de realización del trabajo tiene un carácter preeminente como criterio de conexión en este precepto, por lo que debe ser interpretado de manera amplia a la luz del conjunto de las circunstancias, lo que facilita la determinación de un lugar de realización del trabajo incluso cuando este se realiza habitualmente en más de un lugar. Se incorpora además una cláusula de escape que conduce a la aplicación de otro ordenamiento si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. Pese al objetivo de protección del trabajador inherente a la regla especial en materia de contratos individuales de trabajo, el funcionamiento de la cláusula de escape es independiente de consideraciones materiales. Ciertamente, esa cláusula se funda en razones de proximidad, por lo que en su aplicación no resulta determinante el que conduzca a la aplicación de la ley más favorable para el trabajador.

**326.** En lo relativo a la interacción entre el punto de conexión prioritario del lugar habitual del trabajo y la cláusula de escape, que prevé la aplicación de la ley de un país distinto cuando del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con ese otro país, cabe destacar que a diferencia de la cláusula de escape incluida en la norma general sobre ley aplicable a los contratos, la introducida en este precepto en materia de contratos individuales de trabajo no incorpora en su texto la palabra “manifiestamente”.

Como se ha puesto de relieve en la interpretación del Reglamento Roma I, esa diferencia se vincula con la circunstancia de que las normas sobre contrato de trabajo se inspiran simultáneamente en la idea de proximidad y en la de protección del trabajador, de modo que no es una regla de conflicto totalmente neutra que persigue fundamentalmente un objetivo de previsibilidad y de seguridad jurídica. Entre los elementos significativos de vinculación que pueden ser relevantes para apreciar cuál es el país con el que el contrato de trabajo presenta los vínculos más estrechos, y para precisar si debe operar la cláusula de escape, cabe reseñar el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga los impuestos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social.

**Art. 48.** *Contratos celebrados por consumidores.* 1. Los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional o empresario que por cualquier medio dirija su actividad comercial al país de la residencia habitual del consumidor y se hallen comprendidos en el marco de tal actividad, quedan sometidos a las disposiciones siguientes.

2. La elección por las partes de la ley aplicable a tales contratos no podrá aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la ley de la residencia habitual del consumidor.

3. La ley aplicable al contrato en ausencia de elección conforme al art. 41, será la del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual.

4. Las reglas contenidas en los anteriores apartados serán aplicables a los contratos de seguros.

**327.** Para los contratos de consumo que reúnen las condiciones que determinan la aplicación del régimen especial, el art. 48 contempla un régimen inspirado en el modelo del art. 6 del Reglamento Roma I. Así, a diferencia del régimen aplicable a los contratos en general, conforme al apartado 3 la ley aplicable a falta de elección será la del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual<sup>433</sup>. Además, si bien se admite que las partes puedan elegir la ley aplicable, tal elección no puede menoscabar la protección que las normas imperativas del país de la residencia habitual del consumidor proporcionen a éste.

La solución propuesta responde a un modelo basado en el respeto al estándar de protección de la normativa de protección de los consumidores del país del domicilio del consumidor en los contratos internacionales en los que el consumidor es captado en su mercado doméstico. Entre los fundamentos de la expansión de este criterio se encuentran algunos económicos, pues junto a la idea tradicional de que como un consumidor sólo interviene en transacciones internacionales de manera ocasional, mientras que los profesionales lo hacen habitualmente, lo racional es que éstos deban asumir el coste de averiguar el contenido de la legislación extranjera, se ha puesto también de relieve que, frente a la idea tradicionalmente defendida por la industria, las soluciones de Derecho internacional privado basadas en la aplicación de la ley del domicilio del consumidor (combinada o no con la posibilidad de elegir como ley aplicable la de otro país en la medida en que no menoscabe los derechos que atribuye al consumidor la ley de su domicilio) son las que en mayor medida contribuyen al desarrollo del comercio electrónico transfronterizo.

**328.** El régimen de protección establecido en esta norma sólo opera cuando el empresario o profesional ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. Este inciso está específicamente destinado a dar respuesta a las

---

<sup>433</sup> CONC.: Art. 95 Código DIPr panameño; art. 114 Ley DIPr suiza; art. 3117 (Cc Quebec); art. 41 Ley DIPr austriaca; art. 44 Proyecto dominicano; art. 71 Proyecto boliviano; art. 50.5° Proyecto uruguayo; art. 56 Proyecto colombiano; art. 6 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

exigencias del comercio por Internet, pero la interpretación de esta norma, como demuestra la práctica relativa a sus precedentes europeos, puede resultar compleja.

Del texto de la norma deriva que el régimen de protección es aplicable a los contratos de consumo celebrados a través de sitios web activos que dirigen sus actividades al Estado del domicilio del consumidor en la medida en que a través de tales sitios se haya concluido un contrato con tal consumidor. Por otra parte, parece claro que el mero hecho de que las páginas web del comerciante sean accesibles desde el Estado del domicilio del consumidor no resulta a la luz del texto de esta norma suficiente para que opere el fuero de protección del consumidor.

329. En el marco del art. 48, incluso en los contratos internacionales de consumo a los que se aplica su régimen de protección, las partes son en principio libres de elegir la ley del contrato, si bien la ley elegida sólo se aplica en la medida en que su contenido no prive al consumidor de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual. Por lo tanto, la posibilidad de que las partes elijan cualquier ley como ley del contrato, debe afirmarse.

Una total exclusión de la autonomía conflictual con respecto a estos contratos podría resultar contraproducente, pues acarrearía la necesidad de que los profesionales prestaran una renovada atención al clausulado de sus contratos, pues no serviría ya como elemento homogeneizador de los mismos la inclusión –tan frecuente en la práctica– de una cláusula sobre ley aplicable, pues ésta ya no sería eficaz ni siquiera con respecto a los aspectos que quedan al margen de las normas imperativas de protección de los consumidores. Además, la exclusión de la posibilidad de elegir la ley aplicable en la práctica podría repercutir negativamente sobre la posición del consumidor, pues la ley elegida en el marco de la solución aquí adoptada sólo se aplica en la medida en que proporcione un régimen más favorable para el consumidor.

**Art. 49. *Ámbito de la ley aplicable.*** La ley aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior comprende principalmente:

- i) su interpretación;
- ii) los derechos y las obligaciones de las partes;
- iii) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- iv) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- v) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato;

vi) la adquisición y pérdida *inter partes* de un derecho real en los términos del art. 58.2°.

**330.** Esta norma determina el conjunto de materias regidas por la ley aplicable al contrato y se halla inspirada en el art. 12 del Reglamento Roma I. Una norma similar se encuentra también en el art. 14 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, hecha en México el 17 marzo 1994, en el marco de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP –V), que básicamente reproduce lo dispuesto en la norma sobre el ámbito de aplicación de la ley del contrato en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, antecedente del Reglamento Roma I<sup>434</sup>.

Como punto de partida cabe señalar que son tres las funciones que desempeña la ley aplicable al contrato en virtud de las reglas de conflicto. En concreto, esas funciones son: conferir fuerza vinculante al acuerdo y fijar las condiciones de su existencia; establecer el marco imperativo del contrato, dentro del que opera la autonomía de los contratantes; y suministrar los criterios de interpretación y el régimen supletorio del contrato en lo no previsto por las partes.

**331.** La ley del contrato tiene vocación general, de modo que la enumeración de materias contenidas en esta disposición no tiene carácter exhaustivo sino meramente indicativo. La *lex contractus* rige

i) La formación del contrato, su existencia y su validez sustancial, tanto referida a vicios del consentimiento (error, dolo, intimidación, simulación, etc.) como a otros criterios de validez sustancial (ilicitud del objeto, ilicitud o inexistencia de causa, etc.) y su nulidad.

ii) El contenido del contrato, las obligaciones que corresponden a cada parte, la concreción de los supuestos de incumplimiento así como la determinación de sus consecuencias, como su eventual resolución, el régimen de los elementos accidentales, los efectos del contrato. El precepto aclara también que se hallan regidos por la ley del contrato la ejecución de las obligaciones que el mismo establece, incluyendo la fijación de los daños y perjuicios por lo que hace referencia a la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria. La ley del contrato es la que determina si deben entenderse cumplidas las obligaciones de las partes.

iii) Los criterios de interpretación del contrato además del régimen supletorio en relación con los aspectos no previstos en el contrato.

---

<sup>434</sup> CONC.: Art. 96 Proyecto mexicano.

iv) La validez de los pactos suscritos por los contratantes (autonomía material), la rescindibilidad de los contratos y las cláusulas o condiciones que se considerarán nulas o se tendrán por no puestas..

v) La modificación y extinción del contrato, y los supuestos de novación. La norma aclara expresamente que abarca incluso la prescripción y caducidad de las acciones. Con respecto a la forma e incapacidad, debe estarse a las normas específicas que se incorporan para esos dos sectores en los artículos siguientes.

**332.** El precepto no se extiende a otras cuestiones que pudieran quedar vinculadas como a la adquisición, transmisión o extinción de derechos reales, siquiera entre las partes contratantes. Por consiguiente, cuestiones del tenor de la transmisión de la propiedad en un contrato de compraventa se determinan conforme a la ley rectora de los derechos reales, establecida en nuestro sistema a partir de las reglas previstas en el **art. 58.2º** de la Ley.

**Art. 50. Incapacidad.** En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en Caribe, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley caribeña solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

**333.** La capacidad para contratar es en las situaciones internacionales objeto de un tratamiento diferenciado con respecto al resto del contrato, pues debe estarse a lo dispuesto en la normativa de Derecho internacional privado sobre capacidad, lo que responde a la tradicional consideración de esta cuestión como una circunstancia personal. Así, por ejemplo, en el panorama comparado cabe reseñar cómo el ap. 2.a) del art. 1 Reglamento Roma I prevé expresamente que sus reglas sobre la ley aplicable a los contratos no son aplicables en relación con la capacidad de las personas físicas para contratar.

**334.** Ahora bien, para proteger la seguridad del tráfico, la buena fe y, en concreto, las expectativas razonables de quienes contratan en su propio mercado con extranjeros –o con personas residentes en el extranjero– que allí acuden, se ha desarrollado una regla específica que corrige en determinadas circunstancias el criterio general. Esa regla específica se inspira en la contenida ahora en el art. 13 Reglamento Roma I, semejante a la establecida previamente en el art. 11 Convenio de Roma.

Este precepto está ideado para proteger a quien de buena fe ha creído razonablemente que celebraba un contrato con una persona física capaz cuando después se pretende invocar la falta de capacidad de esa persona física para cuestionar la eficacia del contrato con base en un supuesto de falta de capacidad desconocido en la

legislación del país en el que el contrato se ha celebrado. Esa norma permite, cuando concurren ciertas circunstancias, que uno de los contratantes pueda prevalerse de la apariencia de capacidad del otro si éste es capaz según la ley del lugar de celebración.

Para que opere este mecanismo de protección, se exige que concurren básicamente dos presupuestos. En primer lugar, es necesario que el contrato haya sido celebrado entre personas que se encontraban en el mismo país. Como segundo presupuesto, para que resulte de aplicación la regla especial, se requiere que exista disparidad de criterios en materia de capacidad entre la ley del país en el que se encuentran los contratantes al contratar y la ley aplicable a la capacidad según el DIPr del foro

**Art. 51. Forma.** 1. Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige dicho contrato según los artículos precedentes o con los fijados en el Derecho del Estado en que se celebre.

2. Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige el contrato o con los previstos en el lugar donde se realiza la oferta o la aceptación.

**335.** En la medida en que las exigencias de forma como presupuesto de validez de ciertos contratos pueden variar según los ordenamientos jurídicos, los sistemas de DIPr han desarrollado reglas específicas sobre ley aplicable a la validez formal de los contratos que tratan de favorecer la eficacia de los negocios. Estas reglas buscan ese objetivo básicamente admitiendo la posibilidad de que los contratos internacionales sean válidos en cuanto a la forma siempre que cumplan con las exigencias sobre el particular de la ley del contrato o de algún otro ordenamiento, típicamente del lugar donde las partes emiten sus declaraciones de voluntad negociales, lo que facilita el control del cumplimiento de tales exigencias.

**336.** Conforme a su primer apartado, cuando los contratantes se encuentran en un mismo país, el contrato será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos de la ley que lo rige en cuanto al fondo o de la ley del país en el que el contrato se ha celebrado. La ley aplicable en cuanto al fondo o ley del contrato debe ser entendida como la ley que regiría el contrato si este fuera válido formalmente. De acuerdo con el objetivo de favorecer la validez formal de los contratos, en el caso de los celebrados entre personas que se encuentren en países diferentes (a estos efectos, si el contrato se celebra por medio de un representante el dato relevante es dónde se encuentra éste al contratar), el apartado segundo considera suficiente para que sea válido en cuanto a la forma que el contrato cumpla los requisitos de la ley

de cualquiera de esos países, o de la ley del contrato, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia en ese momento.

## SECCIÓN SEXTA

### OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

**Art. 52. Norma general.** 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la ley elegida por el responsable y la víctima. La elección de la ley aplicable deberá ser expresa o resultar de manera evidente de las circunstancias del caso.

2. En su defecto, se aplicará la ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión; no obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de ese país.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados precedentes, se aplicará la ley de este otro país.

**337.** La cuestión de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ha sido objeto de una gran discusión y de enfrentamiento entre los modelos romano germánicos y del *common law*<sup>435</sup>, por lo que es menester justificar la opción que se adopta

<sup>435</sup> En el marco caribeño un caso importante en el que se manifestó la nueva tendencia jurisprudencial postorriqueña fue *Viuda de Fornaris v. American Surety Company*, 93 D.P.R. 29 (1966), un supuesto similar al caso de *Babcock v. Jackson*, 19 N.E.2d 279 (1963), resuelto por un tribunal de Nueva York, el cual marcó el comienzo de la “*revolución*” en materia de conflicto de leyes en los Estados Unidos. El caso *Viuda de Fornaris* trataba de cuatro ciudadanos puertorriqueños que murieron en un viaje de regreso de Saint Thomas cuando el avión privado en el que viajaban, pilotado por su dueño, se estrelló en aguas de Saint Thomas. El avión estaba matriculado en Puerto Rico y era aquí en donde permanecía estacionado regularmente. En la correspondiente acción por muerte ilegal, los demandados invocaron el tope de diez mil dólares que establece la ley de Saint Thomas a la compensación de daños por muerte ilegal. Luego de señalar que ni el Código Civil de Puerto Rico ni su predecesor, el Código Civil español, proveen una norma de Derecho internacional privado en materia de daños y perjuicios, el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconoció que la jurisprudencia española había adoptado la regla *lex loci delicti* para resolver tales conflictos. Sin embargo, el tribunal explicó, fundamentándose en tratadistas españoles, que la adopción de esta regla en España se basaba en la presunción, rebatida en este caso, de que el *locus delicti* era el “punto de enlace de mayor relieve” y que el estado en el cual ocurrió el *delicti* tiene “el mayor interés en que no se cometa el actotorticero o en que si se comete se haga la reparación debida”. *Viuda de Fornaris, ante*, pág. 31. Dados los múltiples y dominantes contactos de Puerto Rico con el caso, esta presunción quedó rebatida y se resolvió que la ley aplicable era la de Puerto Rico.

en la presente norma: dejando de lado las tesis favorables a aplicar la *lex fori* a la responsabilidad civil extracontractual en general<sup>436437</sup>, y centrándonos en el problema de la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito, se ha defendido que, en este concreto tipo de ilícitos, existiría una importante conexión entre los aspectos penales y los civiles, por lo que debiera aplicarse una misma ley, la del foro, tanto a unos como a otros; semejante planteamiento descansa en una concepción del ilícito civil paralela a la del ilícito penal, donde el elemento culpabilista o de reproche moral al autor del daño sería determinante<sup>438</sup>. En consecuencia no puede predicarse con carácter general un total paralelismo entre la aplicación espacial de las normas penales y las civiles, aun cuando éstas sean aplicadas por una misma jurisdicción<sup>439</sup>: el vínculo que une la acción civil a la penal es exclusivamente procesal, pero de ningún modo implica una alteración de la naturaleza de la acción civil y, por tanto, no estaría justificada la aplicación de una ley distinta dependiendo de si la pretensión civil se ejercita de manera independiente o unida a una acción penal.

Existen diversos convenios aplicables a ilícitos determinados: unos son de derecho material uniforme y otros contienen normas de conflicto bilaterales siendo paradigmáticos los Convenios de La Haya de 4 mayo 1971, sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, y de 2 octubre 1973, sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos. Dichos instrumentos no ha tenido aceptación alguna en el área OHADAC por lo que el establecimiento de una norma *ad hoc* es pertinente.

**338.** En línea con las codificaciones más avanzadas, en materia de obligaciones extracontractuales, se atribuye a las partes la posibilidad de elegir la ley aplicable. La expansión de la autonomía conflictual en este sector se corresponde con la circunstancia de que en el plano material la responsabilidad extracontractual se halla típicamente comprendida en el ámbito de libre disposición de las partes. También desde la perspectiva jurisdiccional, las partes son libres de elegir el tribunal competente en esta materia. Habida cuenta del significado de la autonomía de la voluntad en el plano material y de la importancia de la autonomía conflictual como meca-

---

<sup>436</sup> CONC.: Art. 39 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; arts. 132 y 133 Ley DIPr suiza; art. 99 Código DIPr belga; art. 62 Ley DIPr italiana; art. 33 Ley DIPr polaca; art. 49 Proyecto dominicano; arts. 99 ss Proyecto mexicano; art. 73 Proyecto boliviano; art. 52 Proyecto uruguayo; art. 62 Proyecto colombiano.

<sup>437</sup> H. Mazeaud sostuvo en su día que las normas francesas sobre responsabilidad delictual y cuasidelictual eran *lois de police* en el sentido del art. 3.1º Cc francés y que, en consecuencia, resultaban de necesaria aplicación siempre que los tribunales franceses resultaran competentes (“*Conflits des lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle*”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1934, pp. 382–385).

<sup>438</sup> Cf. O. Kahn-Freund, “*Delictual Liability and the Conflict of Laws*”, *Recueil des Cours*, 1968–II, pp. 20–22.

<sup>439</sup> G. Beitzke, “*Les obligations délictuelles en droit international privé*”, *Recueil des Cours*, t. 115, 1965–II, pp. 73–75).

nismo para proporcionar previsibilidad y seguridad jurídica a las relaciones privadas internacionales resulta sin duda justificado configurar la libertad de elección como primer criterio para determinar la ley aplicable.

En principio, el precepto no establece límites acerca de los derechos elegibles, pues no impone que la elección deba ir referida a la *lex fori* o a un ordenamiento con el que la obligación extracontractual tenga algún tipo de conexión. Por lo tanto, las partes son libres de elegir la ley de cualquier país como aplicable. Con respecto al acuerdo de elección de la ley aplicable, la norma se limita a establecer que la elección debe ser expresa o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso.

**339.** Pese a configurarse como el primer criterio de conexión, es claro que en el sector de las obligaciones extracontractuales la trascendencia práctica de la autonomía conflictual es mucho menor que en el de las obligaciones contractuales, en el que la existencia típicamente de un acuerdo previo entre las partes que se encuentra en el origen de su relación facilita que los interesados puedan llegar a un pacto acerca de la ley aplicable a la misma al tiempo de su nacimiento.

La admisión de la autonomía conflictual tiene lugar en el ámbito de las obligaciones extracontractuales con ciertos límites adicionales, como los que resultan de la exclusión de ciertas materias de la autonomía conflictual, como es el caso de la ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos de competencia desleal y actos que restrinjan la competencia y de la infracción de derechos de propiedad intelectual. Se trata de sectores del ordenamiento en los que los criterios de conexión empleados, el principio de los efectos en el mercado y la regla *lex loci protectionis*, se configuran como imperativos habida cuenta de los objetivos que persiguen, las características del objeto regulado y los intereses públicos o colectivos implicados.

**340.** A falta de elección por las partes de la ley aplicable y siempre que se trate de una situación que no quede regida por alguna de las normas relativas a materias específicas, la ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de un hecho dañoso se determina según lo dispuesto en los apartados 2 y 3, inspirados sustancialmente en el art. 4 del Reglamento Roma II que contiene las reglas unificadas en esta materia en el seno de la UE. En concreto, el apartado 2 establece lo que puede denominarse la “norma general”. Se trata de normas que responden a una orientación y estructura bien conocidas previamente, en el sentido de que se basa en la dualidad regla excepción. Consta de tres apartados: el primero establece como criterio básico la aplicación de la *lex loci damni*; el segundo introduce un tratamiento diferenciado para las situaciones en las que las partes tienen residencia habitual común; y el tercero contiene una cláusula de excepción basada en el criterio de los vínculos más estrechos que abre la posibilidad de aplicar una ley distinta de la designada en los apartados 1 y 2.

En defecto de residencia habitual común, pues el apartado 2 prevalece cuando el responsable y el perjudicado residen en el mismo país, la ley aplicable es la “del país donde se produce el daño, independientemente de dónde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. La concreción del punto de conexión tiene como objetivo determinar con precisión la ley aplicable en los supuestos en los que existe disociación entre el lugar de origen o el lugar o lugares en los que se localiza la conducta o actividad causal y el lugar donde el daño se produce o manifiesta, así como en aquellos casos en los que junto al daño directo se producen otros daños indirectos o derivados.

**341.** Sobre la regla *lex loci damni* prevalece el criterio de la residencia habitual común, pues esta es el criterio de conexión aplicable cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tienen su residencia habitual en el mismo país en el momento de producirse el daño. En la práctica esta regla puede facilitar sobre todo la aplicación de ley del foro en situaciones acaecidas en el extranjero que implican a varios residentes en el foro.

Tanto la ley del lugar del daño como la de la residencia habitual común pueden ser desplazadas en beneficio de la aplicación de la ley de otro país cuando concurren las circunstancias para que opere la cláusula de corrección de su apartado 3, en concreto, que del conjunto de circunstancias se desprenda que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto. Se trata de una cláusula de escape que introduce flexibilidad con base en el principio de proximidad, si bien está redactada, en línea con el contenido del Reglamento Roma II, de manera que destaca el carácter excepcional de esta posibilidad, al exigir que los vínculos sean “manifiestamente” más estrechos, lo que implica que esa mayor conexión con otro ordenamiento ha de ser evidente. La redacción de la norma que pone de relieve el carácter excepcional de este mecanismo.

**Art. 53. Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.** 1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será:

- i) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país;
- ii) en su defecto, la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país;
- iii) en su defecto, la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país;
- iv) en su defecto, la ley del país en que radica el establecimiento del responsable.

2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado precedente, se aplicará la ley de este otro país.

**342.** Esta disposición incorpora un régimen específico sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos defectuosos, en línea con la experiencia internacional que recomienda la especialización en este ámbito, como ilustran especialmente el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, de 2 octubre 1973, elaborado en el marco de la Conferencia de La Haya, así como el art. 5 del Reglamento Roma II<sup>440</sup>.

**343.** El sistema adoptado se basa en el establecimiento de una serie de conexiones en cascada combinada con una cláusula de escape basada en el criterio de proximidad. Además debe destacarse que con carácter previo a las conexiones sucesivas previstas en esta norma, se aplica de manera preferente la elegida por las partes de acuerdo con el **art. 52.1º**.

A falta de elección de la ley aplicable por las partes, el art. 53 conduce en primer lugar a la aplicación de la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país. En caso de que no se dé esa circunstancia, será de aplicación la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país. En su defecto, será de aplicación la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país. Por último, en su defecto, se prevé la aplicación de la ley del país en que radica el establecimiento del responsable.

**344.** Para finalizar, el apartado 2 incluye una cláusula de corrección, en virtud de la cual, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en las reglas del apartado 1, se aplicará la ley de este otro país.

**Art. 54. Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia.** 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados.

2. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.

<sup>440</sup> CONC: Art. 42 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 3128 (Cc Quebec).

3. Los actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a los intereses de un competidor en particular se regirán por la norma general del art. 52.

4. Sólo será posible elegir la ley aplicable conforme al art. 52.1 en lo relativo a las consecuencias económicas que para las partes derivan de estas obligaciones extracontractuales.

**345.** Esta norma se basa en la aplicación a los actos de competencia y, en particular, a la responsabilidad extracontractual derivada de los mismos, del llamado criterio de los efectos, lo que ha ido unido a la aparición de normas sobre ley aplicable específicas para las prácticas de competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia, diferenciada de la norma general sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que clarifica cuál es la ley aplicable a estos supuestos, como refleja de manera muy especial el art. 6 del Reglamento Roma II.

Se trata de una evolución que se corresponde con que la función de la normativa sobre competencia desleal y sobre prácticas restrictivas de la competencia es diferente de la que caracteriza al conjunto de la responsabilidad civil extracontractual, centrada en el resarcimiento individual de los daños sufridos. En materia de competencia desleal resulta clave la protección de los intereses colectivos de los participantes en el mercado (incluidos los consumidores) así como de los intereses generales en una ordenación unitaria del mercado y en su buen funcionamiento<sup>441</sup>.

**346.** Por ello, el mercado constituye un elemento determinante para concretar el país cuya legislación sobre competencia desleal y sobre prácticas restrictivas de la competencia es aplicable. La aplicación de la ley del mercado en el que los competidores actúan para atraer a los clientes se adecua a las expectativas de los posibles perjudicados, al tiempo que garantiza la igualdad de trato entre los agentes económicos de cada mercado. Entre los fundamentos del criterio de los efectos en el mercado se encuentran el principio de protección sin lagunas de los consumidores en el mercado nacional así como la garantía de la igualdad de las condiciones de competencia en ese mercado, lo que se relaciona con que tradicionalmente se le haya atribuido carácter imperativo.

En virtud del art. 54 de esta Ley Modelo, semejante a la solución alcanzada en el marco de la UE en el art. RReglamento Roma II, la ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de un acto de competencia desleal es la del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados. En la misma línea, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.

<sup>441</sup> CONC.: Arts. 136 y 137 Ley DIPr suiza.

**347.** La ley aplicable a la competencia desleal y a las prácticas restrictivas de la competencia regula los presupuestos y consecuencias de los ilícitos concursionales. La ley del mercado afectado determina con carácter general si existe un ilícito concursal y cuáles son sus consecuencias, lo que incluye: los supuestos de ilicitud; los presupuestos y extensión de la responsabilidad; la determinación de los responsables; las causas de exoneración, limitación y extinción de responsabilidad; la existencia y evaluación de daños indemnizables; así como las clases de acciones que pueden ejercitarse frente a los actos de competencia desleal y de publicidad ilícita y los presupuestos de su ejercicio.

Cuando la controversia trata de la infracción de reglas de competencia desleal destinadas principalmente a proteger la posición de los competidores (actos de denigración, imitación, explotación de la reputación ajena, e inducción a la infracción contractual), el mercado relevante tiende a ser aquel en el que entran en conflicto los intereses de los competidores, típicamente el mercado en el que se promocionan o comercializan los productos o servicios mediante las prácticas desleales. También cuando las prácticas desleales afectan básicamente al interés general en el correcto funcionamiento del mercado (como en los supuestos de discriminación o ventas a pérdida) debe concretarse éste en atención al mercado al que se dirigen las prácticas concursionales enjuiciadas.

**348.** El apartado 3 introduce un tratamiento específico con respecto a la ley aplicable a los actos de competencia desleal que afectan exclusivamente a los intereses de un competidor en particular, al entender que en esos casos lo esencial de la conducta es su impacto sobre las relaciones entre las partes implicadas y especialmente sobre la posición del perjudicado. Actos de competencia desleal no orientados al mercado por ir referidos a la esfera interna de un competidor son típicamente los actos de violación de secretos y de inducción a la infracción contractual, incluyendo los actos de desorganización de una empresa rival mediante la captación irregular de sus trabajadores. La regla especial prevé que en estos supuestos no se aplicará el criterio de los efectos sino la regla general sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. La ley aplicable será la ley del lugar del daño, si bien cuando responsable y víctima tienen su residencia en el mismo país la ley aplicable será la de la residencia habitual común, y además puede aplicarse la ley de otro país con el que la situación se encuentre manifiestamente más conectada.

Además, la propuesta, desviándose de la solución adoptada en el marco del Reglamento Roma II, afirma en su apartado 4 la posibilidad de que en estos casos opere la autonomía conflictual con respecto a las consecuencias patrimoniales entre las partes, a partir de lo dispuesto en el art. 52.1º.

**Art. 55. Daño medioambiental.** La responsabilidad por daños medioambientales se regirá, a elección de la víctima, por la ley del lugar de manifestación del daño o del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño.

**349.** Esta disposición contiene una regla particular sobre la ley aplicable a la obligación extracontractual derivada de un daño medioambiental, inspirada en la regla sobre el particular del Reglamento Roma II, que constituye un modelo muy avanzado en esta materia. Por daño medioambiental en el Reglamento Roma II, según el considerando 24 de su preámbulo, se entiende el cambio adverso de un recurso natural, como el agua, el suelo o el aire, el perjuicio a una función que desempeña ese recurso natural o un perjuicio a la biodiversidad.

**350.** La regla específica está encaminada a favorecer a la víctima, proporcionándole la facultad de optar por el ordenamiento que le resulte más favorable en los supuestos típicos de contaminación transfronteriza en los que existe disociación entre el lugar de origen y el lugar de manifestación del daño.

Con ese propósito, la norma prevé que la ley aplicable será en principio la del lugar donde se produce el daño (conforme con el criterio general del **art. 52.2º**), pero se atribuye a la persona que reclama el resarcimiento de los daños la posibilidad de optar por fundar sus pretensiones en la ley del país en el que se produjo el hecho generador del daño. Este criterio determina que a quien está establecido en un país con un nivel de protección medioambiental bajo y contamina en países próximos con estándares más elevados de protección se le pueda exigir responsabilidad con base en éstos.

**Art. 56. Infracción de los derechos de propiedad intelectual.** 1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de propiedad industrial, será la ley del país para el que se reclame la protección.

2. Sólo será posible elegir la ley aplicable conforme al art. 52 en lo relativo a las consecuencias económicas que para las partes derivan de estas obligaciones extracontractuales.

**351.** Entre las características comunes a los derechos de propiedad industrial e intelectual, su naturaleza territorial ha condicionado históricamente de manera muy especial la determinación de la ley aplicable a tales derechos. El carácter inmaterial de estos bienes, que hace posible su utilización simultánea en diferentes lugares, junto a su naturaleza territorial, justifican el empleo de criterios específicos para determinar la ley aplicable, que no tienen por qué ser coincidentes con los utilizados con respecto a los bienes corporales o los empleados para las obligaciones extracontractuales en general. Debido al limitado alcance territorial de los derechos de propiedad industrial e intelectual únicamente pueden ser infringidos por actividades

desarrolladas en el correspondiente territorio de protección o dirigidas al mismo, pues la posición de exclusiva que atribuyen sólo va referida al territorio del Estado (o ente supranacional) que lo otorga o cuya legislación establece ese concreto derecho.

Estos rasgos esenciales de los derechos de propiedad industrial e intelectual compartidos a escala internacional resultan determinantes de que el criterio *lex loci protectionis* sea común prácticamente a todos los Estados para determinar la ley aplicable a la protección de los derechos de propiedad industrial sometidos a registro. Los diversos sistemas de DIPr suelen coincidir en que la ley aplicable a la tutela de estos derechos es la del territorio para el que se reclama la protección, si bien en ocasiones la formulación de la regla de conflicto en la materia es meramente unilateral o adolece de cierta imprecisión, en particular por ir aparentemente referida al país “en el que se reclama la protección” o por carecer de una regla específica sobre ley aplicable a la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual. El criterio de la ley del país de protección ha encontrado acogida en materia de propiedad industrial e intelectual en la mayoría de las modernas legislaciones de DIPr, al tiempo que es también aceptado en sistemas que carecen en su legislación de una regla de conflicto específica con respecto a las infracciones de tales derechos.

**352.** La formulación multilateral del art. 56.1º deja claro que la ley de protección no coincide necesariamente con la *lex fori*, en la medida en que los tribunales del foro resulten competentes para enjuiciar la infracción de derechos de propiedad intelectual extranjeros. Al ser en cada caso de aplicación la ley del país para el que se reclama la protección, cuando una demanda va referida a la infracción de derechos en una pluralidad de países la regla de conflicto conduce a la aplicación de las legislaciones de todos esos países de forma distributiva. Esta circunstancia se vincula con la territorialidad e independencia características de estos derechos.

En coherencia con la estructura del texto legal, el supuesto de hecho de esta norma es limitado, pues va referido a la obligación extracontractual que se derive de la infracción de un derecho de propiedad intelectual, de modo que otros aspectos del régimen de estos derechos quedan al margen, estando incluidos en el **art. 61**, que regula la ley aplicable al resto de los aspectos de los derechos de propiedad intelectual, previendo también que se regirán por la ley del país para el que se reclame la protección.

**353.** El fundamento de la regla *lex loci protectionis* determina que en materia de protección de la propiedad intelectual e industrial el criterio de conexión tenga en principio carácter imperativo y se excluya la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable. No resulta controvertido, por ejemplo, que para determinar qué derechos de exclusiva se protegen, cuál es su contenido y qué actividades constituyen actos de infracción debe ser en todo caso de aplicación la *lex loci protectionis*, sin que las partes puedan designar un ordenamiento distinto como aplicable. Sin perjuicio de lo anterior, la tendencia a favorecer la autonomía conflictual en el ámbito de

las obligaciones no contractuales ha ido unida en ciertos países al reconocimiento de un cierto alcance a la autonomía conflictual en materia de infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial. Desde la perspectiva comparada, el art. 110 apartado 2 de la Ley suiza de DIPr de 1987 supuso una innovación significativa a este respecto, que ha sido desarrollado con posterioridad en la legislación belga y holandesa.

En línea con la solución adoptada en relación con la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de actos de competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia, el apartado 2 contempla la posibilidad de que en estos casos opere la autonomía conflictual pero únicamente con respecto a las consecuencias patrimoniales entre las partes de la infracción de derechos. El fundamento para admitir la libertad de elección es que es un instrumento apropiado –aunque con relevancia práctica limitada – para dotar de seguridad jurídica a este tipo de litigios y, dentro de esos límites, se corresponde con el poder de libre disposición del que gozan las partes en el plano material sin menoscabar los intereses generales presentes en la regulación de este sector ni las exigencias derivadas del principio de trato nacional. En consecuencia, y como consecuencia de lo dispuesto en el art. 61, la *lex loci protectionis* mantiene su carácter de norma de conflicto imperativa e inderogable por las partes con respecto a la existencia y todos los demás aspectos relativos a la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual, su duración, validez, titularidad, contenido... Sólo la *lex loci protectionis* determina, en particular, si ha tenido lugar o no la infracción. Se trata de un enfoque coherente con el fundamento de la regla *lex loci protectionis* y los intereses implicados en ese sector del ordenamiento.

**Art. 57. *Ámbito de la ley aplicable.*** La ley aplicable a la obligación extracontractual regula, en particular:

- i) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos;
- ii) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad;
- iii) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;
- iv) las medidas para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño;
- v) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización;
- vi) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente;
- vii) la responsabilidad por actos de terceros;

viii) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

**354.** Esta norma determina el conjunto de materias regidas por la ley rectora de las obligaciones extracontractuales en virtud de las reglas de conflicto establecidas en esta Sección Sexta. La enumeración de materias que incorpora no tiene carácter exhaustivo como refleja claramente la inclusión con carácter previo de la expresión “en particular”.

La enumeración resulta de gran importancia para la delimitación del alcance de las reglas de conflicto de esta sección con otras reglas sobre ley aplicable contenidas en la Ley Modelo en materias próximas<sup>442</sup>. Por ejemplo, es clave para delimitar el alcance de la regla del **art. 56** sobre infracción de los derechos de propiedad intelectual con respecto a la norma sobre derechos de propiedad intelectual establecida en el **art. 61**, perteneciente a la Sección Séptima sobre Bienes.

**355.** Una norma de este tipo es bien conocida en los instrumentos más avanzados en materia de obligaciones no contractuales. Como precedentes, pueden citarse el art. 8 del Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 4 mayo 1971 y el art. 8 del Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos de 2 octubre 1973, elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr. Otro precedente de norma similar se encuentra en el art. 15 del Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que unifica esta materia en el seno de la Unión Europea.

**356.** El criterio de partida es que el conjunto de las cuestiones comprendidas en el régimen de las obligaciones extracontractuales quedará determinado por las reglas de conflicto de la presente sección. Pese al carácter meramente indicativo de la enumeración, se ha optado por incluir una relación amplia que favorece el valor didáctico de la norma y su significado como referencia para el aplicador.

Entre las cuestiones que forma el núcleo de las materias reguladas por la ley aplicable a las obligaciones contractuales se encuentran las que tienen que ver con la determinación de si existe o no responsabilidad, en qué medida, e imputable a qué personas. Ello explica que la norma haga referencia expresa al fundamento y alcance de la responsabilidad, así como a la determinación de los responsables –por sus propios actos o por actos de terceros – y a las posibles exenciones o limitaciones de responsabilidad.

**357.** Otro conjunto de materias incluidas son las relativas a las consecuencias que derivan de la existencia de responsabilidad, como las medidas para garantizar el cese y la reparación del daño, en particular las concernientes a los daños o indemni-

<sup>442</sup> CONC.: Art. 142 Ley DIPr suiza; art. 53 Proyecto uruguayo.

zaciones, que incluyen las personas que tienen derecho a ser reparadas lo que puede resultar determinante de la legitimación para el ejercicio de acciones, la transmisibilidad de tales derechos.

Al prever, por último, que el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, deja claro que estas cuestiones deben ser calificadas como cuestiones de fondo y no procesales, de modo que vienen determinadas por la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y no necesariamente por la ley del foro en tanto que ley aplicable al proceso.

#### SECCIÓN SÉPTIMA

##### BIENES

**Art. 58.** *Posesión y derechos reales.* 1. La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles, así como su publicidad, se rigen por la ley del Estado en el cual se encuentran los bienes.

2. La misma ley rige la adquisición, alteración y pérdida de la posesión, propiedad y demás derechos reales, salvo en materia sucesoria y en los casos en que la atribución de un derecho real dependa de una relación de familia o de un contrato. Se entenderá que el lugar de situación del bien es aquel en el que se encuentre el bien objeto del derecho en el momento de producirse el acto determinante de dichos efectos jurídicos.

**358.** Esta norma presenta dos apartados claramente diferenciados. El primero establece la regla de conflicto y su ámbito básico de aplicación. El segundo apartado detalla que el ámbito de aplicación de la regla comprende otro conjunto de cuestiones que deben ser consideradas jurídico-reales, al tiempo que aporta las claves para la delimitación con las reglas de conflicto reguladoras de otras materias conexas, como las contractuales, sucesorias o familiares<sup>443</sup>. Además, el apartado segundo aporta una regla específica relativa a la concreción del punto de conexión a los efectos de dar respuesta al problema del llamado “conflicto móvil” de particular trascendencia en relación con los derechos reales sobre bienes muebles.

**359.** En el panorama comparado resulta prácticamente generalizada la adopción de la regla *lex rei sitae* como regla de conflicto en el ámbito de los derechos reales sobre bienes corporales, tanto inmuebles como muebles. En el caso de los bienes inmuebles esta norma de conflicto se corresponde con la existencia de un particular

<sup>443</sup> CONC.: Art. 99 Ley DIPr suiza; art. 3097 (Cc Quebec); art. 87 Código DIPr belga; art. 31 Ley DIPr austriaca; art. 41 Ley DIPr polaca; art. 55 Proyecto dominicano; art. 54 Proyecto boliviano; art. 39 Proyecto uruguayo; art. 49 Proyecto colombiano.

interés del Estado vinculado al concepto de soberanía territorial del Estado en relación con sus recursos y, en particular, sus bienes inmuebles. Además, favorece la correlación *forum ius* en este ámbito en el que es habitual la previsión de competencias exclusivas en el plano jurisdiccional. La aplicación de esta misma regla a los bienes muebles se ve favorecida por criterios de eficiencia económica y resulta de gran importancia en relación con el desempeño de su función ordenadora del mercado.

Conforme al apartado primero, la regla *lex rei sitae* rige qué derechos reales pueden constituirse sobre un bien, así como sus efectos frente a terceros, incluyendo su publicidad, que es típicamente una condición de oponibilidad del derecho real frente a terceros.

Si bien la *lex rei sitae* rige la adquisición, alteración y pérdida de los diversos derechos reales, el apartado segundo precisa que ese no es el caso cuando tales circunstancias sean consecuencia de una sucesión –en la medida en que debe estarse a las normas sobre ley aplicable a las sucesiones – o en los casos en los que dependa de una relación de familia o de un contrato, situaciones a las que serán de aplicación las reglas de conflicto en esas materias.

**360.** La parte final del segundo apartado incorpora una regla sobre precisión del punto de conexión del lugar de situación del bien para hacer frente a los supuestos de conflicto móvil, de singular importancia en relación con el régimen de los derechos reales sobre bienes muebles. Se entenderá que el lugar de situación del bien es aquel en el que se encuentre el bien objeto del derecho en el momento de producirse el acto determinante de dichos efectos jurídicos. Este criterio favorece la previsibilidad de quienes participan en una transacción y se corresponde con la función ordenadora del mercado de la conexión *lex rei sitae*, facilitando la protección de la seguridad del tráfico.

**Art. 59.** *Derechos reales sobre los bienes en tránsito.* Los derechos reales sobre los bienes en tránsito se rigen por la ley del lugar de su destino.

**361.** La peculiar posición de los bienes que se hallan en curso de transporte, incluidos los bienes destinados a la exportación, determina que el lugar de situación del bien no sea en este caso un criterio aceptable para determinar la ley aplicable<sup>444</sup>. El concepto jurídico de “tránsito” no tiene que ver con el movimiento físico del bien, sino con el hecho de que éste se halle en curso de transporte, aunque ocasionalmente se encuentren detenidos por razones técnicas en un almacén, puerto o estación ferroviaria. Cuando las partes constituyen o ceden derechos reales sobre bienes que se encuentran en tales situaciones, la aplicación del lugar de situación

<sup>444</sup> CONC.: Art. 101 Ley DIPr suiza; art. 88 Código DIPr belga; art. 56 Proyecto dominicano; art. 57 Proyecto boliviano; art. 40.1º Proyecto uruguayo.

física es una respuesta arbitraria e impredecible para las partes, que a menudo ni siquiera están en condiciones de determinar el lugar de situación del bien. En tal caso, la mayoría de los sistemas optan por la aplicación de una *lex rei sitae* ficticia, al igual que en el caso de los medios de transporte, que pretende fijar la ley donde se sitúan realmente las expectativas jurídicas de las partes.

Por ello, es bien conocida en los diversos sistemas de DIPr la formulación de reglas específicas con respecto a la constitución, transmisión o extinción de derechos reales sobre tales bienes, que tienden a basarse bien en lugar de origen o en el lugar de destino de los bienes en tránsito. Este criterio facilita una aplicación anticipada de la ley de destino con respecto a los derechos reales constituidos en relación con esos bienes.

**Art. 60.** *Derechos reales sobre medios de transporte.* Los derechos reales sobre automóviles, ferrocarriles, aeronaves o buques se rigen por la ley del país de su pabellón, matrícula o registro.

**362.** La movilidad característica de los medios de transporte determina que el lugar de su situación tampoco resulte un criterio apropiado para determinar la ley aplicable en estos casos. Por ello, como excepción al criterio general *lex rei sitae* esta norma establece que los derechos reales sobre automóviles, ferrocarriles, aeronaves o buques se rigen por la ley del país de su pabellón, matrícula o registro. Se trata de un criterio previsible y estable para determinar el régimen jurídico aplicable<sup>445</sup>.

**Art. 61.** *Derechos de propiedad intelectual.* Los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derechos de propiedad industrial, se regirán por la ley del país para el que se reclame la protección.

**363.** Esta norma impone que el régimen de los derechos de propiedad intelectual se determina respecto de cada Estado según su propia legislación, al tiempo que resulta imperativo, por lo que se excluye el recurso a la autonomía de la voluntad. Se trata del mismo criterio que establece el **art. 56** con respecto a la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de propiedad industrial<sup>446</sup>.

El ordenamiento aplicable a los derechos de propiedad intelectual en virtud de esta norma se proyecta sobre la ordenación del conjunto de las cuestiones relativas

<sup>445</sup> CON.: Art. 107 Ley DIPr suiza; art. 89 Código DIPr belga; art. 43 Ley DIPr polaca; art. 57 Proyecto dominicano.

<sup>446</sup> CONC.: Art. 110 Ley DIPr suiza; arts. 93 y 94 Código DIPr belga; art. 34 Ley DIPr austriaca; arts. 46 y 47 Ley DIPr polaca; art. 58 Proyecto dominicano; art. 59 Proyecto boliviano; art. 64 Proyecto colombiano.

al régimen de tales derechos en las situaciones transfronterizas no cubiertas por el supuesto de hecho del **art. 56**. Entre tales cuestiones se incluyen las siguientes: requisitos que determinan si una creación es objeto de protección (en particular, el grado de originalidad exigido) o si puede concederse un derecho de propiedad industrial; determinación de la autoría y titularidad de los derechos; bienes objeto de propiedad intelectual; categoría de obras dentro de la que se enmarca una creación; contenido, duración y límites de los derechos (morales y patrimoniales) que integran la propiedad intelectual e industrial (determinantes de los actos constitutivos de infracción); así como ciertos elementos básicos del sistema de transmisión de tales derechos.

**364.** El recurso generalizado a la *lex loci protectionis* en el panorama comparado se vincula, como ha quedado apuntado, con ciertas características básicas de los derechos de propiedad industrial e intelectual presentes en los tratados que contienen el núcleo de la regulación internacional de estos derechos tanto en el marco de la OMPI como de la OMC, en particular el Convenio de la Unión de París, el Convenio de Berna y el Acuerdo ADPIC.

**365.** La presencia en esta Ley de dos normas en materia de ley aplicable en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual acarrea una cierta fragmentación, pero el elemento de complejidad que ello introduce en el sistema resulta atenuado debido a que el criterio de determinación de la ley aplicable es el mismo en ambas reglas de conflicto.

La vinculación del criterio *lex loci protectionis* con la territorialidad como una de las características básicas de los derechos de propiedad industrial e intelectual, así como con el significado de estos derechos en la ordenación del mercado y en el diseño de las políticas nacionales sobre innovación, protección de los consumidores y cultura de cada país, se ha correspondido tradicionalmente con la naturaleza imperativa y absoluta de la regla de conflicto en materia de propiedad industrial e intelectual. Por consiguiente, el alcance reconocido a la autonomía de la voluntad en el **art. 56.2º** no se extiende a las materias reguladas en el **art. 60**.

**Art. 62.** *Derechos sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta.* Los derechos reales sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta se regirán por la ley del Estado en el que esté situada la cuenta principal, entendiendo por cuenta principal aquella en la que se realizan las anotaciones correspondientes.

**366.** Este precepto incorpora una regla específica para determinar la ley aplicable a los derechos reales constituidos sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta. La existencia de reglas específicas en materia de ley aplicable en este ámbito resulta de particular importancia desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

ca y responde a la necesidad de establecer criterios de concreción de la regla general *lex rei sitae* tratándose de garantías referidas a anotaciones en cuenta<sup>447</sup>.

Precisamente, con el fin de precisar en qué país se encuentra el bien como elemento determinante de la ley aplicable a la existencia y eficacia frente a terceros de los derechos reales, se ha impuesto en los ordenamientos más avanzados una solución basada en un criterio que goza de significativa aceptación a escala internacional para determinar la ley aplicable a los derechos del titular de una cuenta de valores, la conocida como regla PRIMA (*place of the relevant intermediary approach*) en la que resulta clave la situación del intermediario en el que se realizan las anotaciones correspondientes.

**367.** A escala internacional, esta regla es coherente con el criterio adoptado en el Convenio de 5 julio 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, elaborado en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr, así como con las normas en el marco de la Unión Europea contenidas en la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 junio 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.

## Capítulo II

### Normas de aplicación

**Art. 63.** *Determinación de la ley extranjera.* 1. Los tribunales y autoridades caribeños aplican de oficio las normas de conflicto del presente Título o aquellas insertas en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.

2. Los tribunales y autoridades aplican la ley designada por las normas de conflicto referidas en el apartado anterior. Para este fin el juez puede utilizar:

- i) los instrumentos indicados por los convenios internacionales;
- ii) los dictámenes de expertos del país cuya ley se pretende aplicar;
- iii) los dictámenes de instituciones especializadas de Derecho comparado;
- iv) cualquier otro documento que acredite el contenido, la vigencia y la aplicación al caso concreto de dicha ley.

3. Si, incluso con el concurso de las partes, el juez no puede llegar a establecer la ley extranjera designada, se determinará la ley aplicable mediante otros criterios de relación previstos eventualmente para la misma hipótesis normativa. En su defecto se aplica la ley caribeña.

<sup>447</sup> CONC.: Art. 91 Código DIPr belga.

**368.** Las normas de conflicto contenidas en la Sección Primera, del Capítulo I del Título III del Proyecto y en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte se consideran obligatorias e imperativas, aplicables de oficio por el intérprete<sup>448</sup>.

Toda esta materia toma como referencia un presupuesto de base: la norma de conflicto es obligatoria para el juez, pues forma parte del Derecho positivo del foro, quien, a su vez, ha de aplicar la norma material extranjera a la que remite, pues el mandato de ese precepto es imperativo para él. Lo contrario sería atribuir a las normas de conflicto una doble naturaleza: carácter imperativo cuando designen la ley del foro y carácter meramente dispositivo (*fakultatives kollisionsrecht*) en los supuestos que remitan a un Derecho extranjero<sup>449</sup>. En tal situación, si el juez del foro no aplica de oficio la norma de conflicto de su sistema dejaría a la simple voluntad de las partes o a su impericia o mala fe, la determinación del Derecho aplicable, lo que equivaldría a una excesiva interpretación de la función de la voluntad de las partes en DIPr, sobre todo en materias reguladas imperativamente<sup>450</sup>. Además la configuración facultativa de las normas de conflicto, en contra del principio básico de equidad, llevaría al absurdo de que casos idénticos fuesen resueltos de manera diversa en un mismo Estado, incluso por un mismo tribunal, en función de que las partes hubieran o no instado, de buena o mala fe, la aplicación del Derecho extranjero aplicable.

La redacción del párrafo 1º del precepto que se comenta, al determinar la aplicación *ex officio* de las normas de conflicto del foro, tiene la indudable ventaja técnica de no dejar la aplicación de la norma de conflicto del ordenamiento del foro a merced de que las partes, o una de las partes, quieran o no alegar el Derecho extranjero a su conveniencia. Se establece el carácter de *ius cogens* de las normas de conflicto y, consecuentemente, si el juez en el examen de los hechos que son presupuesto de la norma, tiene constancia de la existencia de un elemento de extranjería está obligado a aplicarla aunque designe a un Derecho material extranjero.

---

<sup>448</sup> CONC.: Art. 9 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; arts. 167, 168 y 169 Ley DIPr panameña; art. 16 Ley DIPr suiza; art. 14 Ley DIPr italiana; art. 281.2º LEC (España); art. 244 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba; art. 3 Ley DIPr austriaca; art. 10 Ley DIPr polaca; art. 59 Proyecto dominicano; art. 11 Proyecto argentino; arts. 4 y 5 Proyecto mexicano; arts. 2, 145 y 146 Proyecto boliviano; art. 2 Proyecto uruguayo; art. 2 Proyecto colombiano.

<sup>449</sup> Vid. A. Flessner, "Fakultatives Kollisionsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 34, 1970, pp. 547-584; F. Sturm, "Facultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen", *Festschrift für K. Zweigert*, Tübinga, J. C. B. Mohr, 1981, pp. 329-351; K. Zweigert, "Zur Artmut des Internationalen Privatrecht an Sozialen Werten", *Rabels Z.*, vol. 37, 1973, pp. 434-452.

<sup>450</sup> J. A. Carrillo Salcedo, "¿Alegaciones de Derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por el Juez español de la norma de conflicto española?", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIV, 1961, pp. 585-601

La opción del Proyecto es acorde con el Derecho comparado<sup>451</sup>, con el Código Bustamante, en cuyo art. 408 obliga a los jueces aplicar “de oficio”, cuando proceda, las leyes de los demás, y con lo prescrito en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de 1979 (art. 2).

**369.** Dos cuestiones procesales comprometen indirectamente, sin embargo, la imperatividad de la norma de conflicto<sup>452</sup> prevista el párrafo 1º de este precepto:

i) Puede ocurrir que las partes no evidencien, o incluso oculten, el elemento de extranjería que justifica la aplicación de la norma de conflicto. En tal circunstancia, el principio de congruencia de la sentencia junto con el principio de justicia rogada o dispositivo, impediría al juez la facultad de indagar y establecer dichos elementos de hecho. No obstante, si el juez aprecia de oficio que existen elementos extranjeros que pueden interferir en la claridad y precisión de las pretensiones deducidas debe advertirlo al inicio de procedimiento.

ii) Puede quedar afectada si se mantiene un régimen procesal dispositivo del Derecho extranjero, pues si el Derecho extranjero no resulta alegado ni probado por las partes debería aplicarse, en su defecto, la ley caribeña (párrafo 3º). Semejante solución, puede implicar *de facto* que la imperatividad de la norma de conflicto sólo es tal cuando remite al Derecho del foro. Por eso, si la norma de conflicto apunta a un Derecho extranjero, las normas procesales deben permitir la posibilidad real de elección entre el Derecho extranjero y el Derecho del foro<sup>453</sup>.

En el fondo de la pretensión de interpretación dispositiva de las normas de conflicto se infiere, como ha explicitado la jurisprudencia francesa en el caso *Bisbal*, una vocación general de la *lex fori*<sup>454</sup>. En su virtud, la norma de conflicto adquiere

<sup>451</sup> Art. 59 Proyecto dominicano, que incluye un texto idéntico al del precepto comentado. En Europa *vid.* el art. 16 Ley DIPr suiza de 1987 y los comentarios de B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2ª ed, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1997, pp. 42–50; art. 14 Ley DIPr italiana de 1995 y los comentarios de N. Boschiero, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionalmente privato* (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1035–1043; art. 60 Ley DIPr venezolana: “El Derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable y los Tribunales y autoridades podrán dictar providencias tendientes al mejor conocimiento del mismo”. J.L. Bonnemaison W., “La aplicación del Derecho extranjero”, *Ley DIPr de 6 de agosto de 1998. Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, vol. II, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 205–210. *Vid.* Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 enero 1985, asunto *Gonçalves Rodríguez / Transportes Aéreos Portugueses (TAP)*, Ramírez & Garay, vol. 90, primer trimestre 1985, pp. 465–473.

<sup>452</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Madrid, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, pp. 138–139

<sup>453</sup> J. C. Fernández Rozas, “Art. 12.6º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I., vol. 2º, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 973–1082

<sup>454</sup> El asunto *Bisbal*, resuelto por el Tribunal de Casación francés, es un ejemplo ya clásico de esta última alternativa: su sentencia de 12 mayo 1959, rechazó un recurso contra una decisión por la cual una separación

una naturaleza y un alcance diverso según que el punto de conexión lleve a la aplicación de la ley del foro o de una ley extranjera. La norma de conflicto resulta obligatoria si somete la solución del supuesto concreto a la ley del foro, en tanto que conserva un carácter meramente dispositivo si selecciona la ley extranjera. El “legeforismo” de esta solución encuentra una difícil explicación racional. Si el legislador prevé la aplicación de una ley extranjera a un concreto supuesto de hecho no cabe duda de que lo hace por estimarla más adecuada; pensar que la solución más justa coincide con la aplicación de la ley del foro sólo se justifica en el hecho de resultar menos costosa, de más fácil conocimiento para el juez y eventualmente favorable al interés de los litigantes; semejante postura omite de forma absoluta los intereses de los terceros, del comercio internacional, y los propios del Estado en mantener la concepción de la justicia y la armonía internacional de soluciones.

**370.** El párrafo segundo del precepto se refiere a la denominada “consecuencia de la norma de conflicto” puede resumirse en una disyuntiva: aplicación por el juez o la autoridad de la ley del foro o de una ley extranjera. Aunque, en principio, ambas opciones aparecen enunciadas en un plano de igualdad, el proceso de aplicación práctica de la norma de conflicto conduce a maximizar las posibilidades de aplicación de la ley del foro. Aun así, el hecho de que la localización recaiga en el Derecho del foro no significa que el tratamiento de la situación privada internacional vaya a ser exactamente el mismo que si se tratara de una situación interna. Como dispone en **art. 64**, el intérprete debe aplicar la *lex fori* atendiendo a las peculiares circunstancias introducidas por el elemento internacional.

La aplicación del Derecho extranjero en el foro supone la última fase del método de atribución e implica que la realización del proyecto de reglamentación contenido en la norma de conflicto no ha quedado distorsionado. Ahora bien, tal aplicación nos enfrenta a una contradicción fundamental entre el sistema del foro y el sistema extranjero, pues ambos son ordenamientos jurídicos con un tratamiento procesal diferencial. El principio *iura novit curia* no opera, en principio, para el Derecho extranjero. Sin embargo, tampoco el Derecho extranjero tiene la consideración procesal de un simple hecho, al menos en todas las hipótesis. Los hechos, una vez probados, siguen siendo hechos. Sin embargo, el Derecho extranjero debidamente acreditado se erige en auténtico Derecho, que va a ser aplicado por el juez para

---

entre cónyuges de nacionalidad española se convertía en un divorcio conforme a la ley francesa. La esposa alegaba la indebida aplicación de oficio de la ley extranjera (ley española), aplicable a tenor de la norma de conflicto francesa por entonces vigente. La ley española prohibía a la sazón el divorcio vincular. El tribunal francés afirmó que “las normas de conflicto francesas, al menos en cuanto determinen la aplicación de la ley extranjera, no tienen carácter de orden público, en el sentido de que compete a las partes reclamar su aplicación, no pudiendo reprocharse a los jueces de fondo el hecho de no haber aplicado de oficio la ley extranjera, efectuando, en tal caso, una llamada a la ley interna francesa que tiene vocación para regir todas las relaciones de Derecho privado” (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 62 ss y nota de H. Batiffol; *Journ. dr. int.*, 1960, pp. 810 ss y nota de Sialelli; B. Ancel e Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 2006, pp. 284 ss).

resolver la controversia. En suma, el Derecho extranjero tiene una consideración procesal peculiar, viene a ser un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos. Tal naturaleza ha de quedar garantizada en el proceso, por lo que su tratamiento procesal ha de revestir características propias, siendo a veces asimilables a la condición procesal de los hechos y, en otras ocasiones, a las normas jurídicas nacionales. El párrafo 2º del precepto que comentamos confirma este carácter procesalmente híbrido del Derecho extranjero pues se refiere a la necesidad de la prueba del Derecho extranjero lo que es un claro síntoma de que no se trata de un simple hecho, sino de auténticas fuentes del Derecho, aunque “también” deban ser probados.

Es indudable que la singularidad del proceso de localización se debe a la posibilidad que abre de aplicar un Derecho extranjero. Esta posibilidad es común a la generalidad de los sistemas jurídicos, pero conviene precisar que

i) Si bien la mayoría de las normas de conflicto de la **Sección Primera, del Capítulo I del Título III** del Proyecto utilizan el término “ley” o “Derecho”, la referencia no se circunscribe a la “ley” en sentido formal, sino al ordenamiento o legislación en sentido general. La norma de conflicto remite al Derecho extranjero, comprendiendo todas las fuentes del mismo (Constitución, ley, reglamentos, costumbres, etc.), debiendo este bloque normativo ser interpretado, como reza el **art. 64**, como lo harían los jueces del Estado de dicho ordenamiento.

ii) Con referencia al **art. 65** del Proyecto (*vid. infra*), no existe ninguna limitación especial a la aplicación de las normas de un sistema extranjero, según su carácter “público” o “privado”. La remisión de la norma de conflicto se hace al Derecho extranjero que ha de regir la situación privada litigiosa, con independencia de su carácter y eventual naturaleza. En la práctica, la aplicación de las normas materiales extranjeras de Derecho público cobra importancia real en este sector patrimonial de la contratación internacional, sometido a cierto intervencionismo estatal. En este punto, el problema se centra en la aplicación de las disposiciones imperativas o normas de orden público económico del ordenamiento extranjero, problema que será analizado en el marco del régimen de las obligaciones contractuales.

iii) Debe diferenciarse la aplicación del Derecho extranjero *stricto sensu* de otros supuestos que conllevan su “toma en consideración” como simple dato, como mero hecho determinante o condicionante de la aplicación de las normas de DIPr del foro<sup>455</sup>.

**371.** El principio de alegación de parte que se inserta en el precepto comentado y que se confirma en el **art. 64.1º**, no impide que el juez participe activamente en la

---

<sup>455</sup> L. García Gutiérrez, “El ‘doble escalón’ del Derecho internacional privado: sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del Derecho material aplicable”, *Pacis artes. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2004, pp. 1547–1561

indagación y aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, es conveniente analizar si el propio conocimiento del juez acerca del Derecho extranjero puede suplir la carga de la prueba del mismo por las partes e, incluso, su invocación<sup>456</sup>. Es posible que, ante la pasividad de las partes, el juez anteponga su propio conocimiento privado acerca del Derecho extranjero, no en vano, en algunos casos, la cultura jurídica del juzgador le permite conocer sin duda alguna el contenido del Derecho extranjero sobre ciertos particulares<sup>457</sup>.

No es intención del precepto que el juez pueda suplir la prueba del Derecho extranjero merced a su propio conocimiento. El Derecho extranjero debe ser probado y dicha prueba compete, en principio, a las partes. El juez puede tomar la iniciativa para recabar los medios probatorios suficientes para confirmar el contenido del Derecho extranjero, independientemente de que lo conozca o no, pero no puede suplir la necesaria prueba del Derecho extranjero, que debe constar siquiera mínimamente en autos, mediante su subjetivo conocimiento del Derecho extranjero. La consideración fáctica del Derecho extranjero hasta el momento de su prueba aconseja la existencia en el procedimiento de un principio mínimo de prueba requerido como garantía constitucional, al tiempo que evita una decisión del juez que pudiera resultar arbitraria. Para ello, entre otras alternativas<sup>458</sup>, la solución adoptada en el Proyecto se orienta en el sentido de que la función judicial se lleva a cabo a través de una colaboración entre el juez y las partes. Los interesados deben alegar la normativa extranjera que estimen aplicable al supuesto, pero si el juez conoce el contenido del Derecho extranjero debe darle aplicación.

**372.** En orden al contenido de la prueba de la ley extranjera el artículo comentado exige que se confirme “la vigencia y la aplicación al caso concreto de dicha ley”. El grado de intensidad de la prueba corresponderá a los tribunales de justicia en concreto si es suficiente la mera cita aislada de preceptos concretos, o si es necesario una acreditación de mayor envergadura. El principio de alegación por las partes debe llevarse hasta sus últimos extremos exigiendo, no sólo estrictos medios de prueba, sino también una certeza absoluta acerca del contenido del Derecho extranjero.

Si las partes no invocan o manifiestan una total pasividad en la prueba del Derecho extranjero la opción más adecuada es que el juez no debe desestimar la pretensión, sino tomar la iniciativa en la obtención de dicha acreditación. Si las partes tienen derecho a invocar y probar el Derecho extranjero, y han de tener en todo caso

---

<sup>456</sup> F.J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal*, Madrid, Tecnos, 1994.

<sup>457</sup> Art. 244 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba: “A cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras, así como la vigencia del Derecho extranjero cuya aplicación reclame. Los hechos notorios por su publicidad y evidencia serán apreciados sin necesidad de prueba”.

<sup>458</sup> I. Zajtay, “Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Étude de droit comparé”, *Riv. dir. int. pr. Proc.*, 1968, pp. 233–301; *id.*, “Problemas fundamentales derivados de la aplicación del Derecho extranjero”, *Bol. Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XI, 1978, pp. 371–382.

la posibilidad de debatir en torno a dicha prueba y a su propia aplicación, ello no soslaya la obligación del juez de aplicar de oficio la norma de conflicto y de garantizar que el litigio sea resuelto conforme al Derecho extranjero reclamado<sup>459</sup>. En este caso, los costes derivados de la prueba se impondrán al demandante pasivo en la correspondiente condena en costas, propiciando una sanción proporcionada a su falta de iniciativa.

**373.** El apartado i) del párrafo 2º del precepto comentado permite al juez el empleo del cauce de la asistencia judicial internacional y en tal sentido resulta obligado referirse a los arts. 408 a 413 del Código Bustamante de 1928 en el marco de su reducido ámbito de aplicación y a la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979, y de la que son parte, además de España, Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Se trata de un texto internacional elaborado en el seno de la CIDIP II que establece un sistema de cooperación internacional entre los Estados miembros para la obtención de los elementos probatorios e información acerca del Derecho de cada uno de éstos. Dichos elementos probatorios comprenderán “el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho” (art. 2) y se incorporan dentro de unos “medios idóneos” (art. 3) tales como: a) la prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales; b) la prueba pericial, consistente en dictámenes de Abogados o expertos en la materia; y c) los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho. Las solicitudes deberán contener una indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan y consignarán cada uno de los puntos a que se refiere la consulta, con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión. El idioma de la solicitud será el del Estado requerido (art. 5). Esta podrá ser dirigida directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la autoridad central del Estado requirente a la correspondiente autoridad central del Estado requerido, sin necesidad de legalización. La autoridad central de cada Estado parte recibirá las consultas formuladas por las autoridades de su Estado y las transmitirá a la autoridad central del Estado requerido (art. 7).

**374.** En ausencia de cooperación internacional pueden emplearse en la prueba del Derecho extranjero los medios admitidos por la legislación del foro. Dentro de ellos destaca la prueba documental y, de forma particular, la prueba pericial.

i) La prueba documental se revela como la más operativa, y la que ofrece mayores garantías. Dicha prueba no es admisible a través de documentos privados o generales, colecciones legislativas, obras doctrinales, etc., sino a través de documentos públicos o intervenidos por fedatario público y puede aportarse al proceso a

---

<sup>459</sup> S. Álvarez González, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, vol. LIV, 2002/1, pp. 205–223.

través de certificaciones expedidas: a) por una autoridad estatal habilitada para suministrar esa información que suele estar adscrita al Ministerio de Justicia; b) por diplomáticos o cónsules del Estado del foro acreditados en el Estado cuyo Derecho debe aplicarse; c) por diplomáticos o cónsules del país en cuestión, acreditados en el Estado del foro. Estas certificaciones serán rápidas y fáciles de conseguir, pero tienen el inconveniente de que jamás podrán determinar el alcance y contenido de la norma extranjera, sino únicamente su texto literal y, eventualmente, su vigencia. No obstante, tal inconveniente puede subsanarse solicitando información al país extranjero de que se trate o utilizando un mecanismo de información que la referida autoridad estatal acreditada para tal función. Esta prueba puede ser suficiente por sí misma en muchos casos pero cuando el contenido de la norma extranjera no exige una interpretación especial, es fácil que la existencia de la normativa probada a título documental sea más que suficiente.

ii) El precepto estudiado contempla la posibilidad de determinar la existencia y vigencia de la legislación extranjera a través de “los dictámenes de expertos del país cuya ley se pretende aplicar”. Ahora bien, no cabe duda de que la prueba pericial debe ser objeto de mayor sospecha que la prueba documental, por la eventual “imparcialidad” de unos peritos cuyo concurso solicita, pero que remunera por lo general, la parte interesada. De ahí que deba extremarse el control de la capacidad e independencia del perito, e incluso deba tenderse al nombramiento libre del perito por el Juez, teniendo en cuenta las garantías de capacidad e independencia que ofrece. Algunas otras decisiones hacen gala, sin embargo, de una mayor flexibilidad.

iii) Por último se admite la acreditación a través de “los dictámenes de instituciones especializadas de Derecho comparado”

**375.** El tratamiento fáctico a efectos procesales del Derecho extranjero plantea otro importante problema: si una parte alega una ley extranjera como hecho y la otra admite expresamente la existencia de dicha norma, sin ofrecer de ella interpretación diferente, ¿debe el Tribunal dar por sentada su existencia partiendo de la denominada constricción de los “hechos admitidos”? Una respuesta positiva no es satisfactoria. El juez no puede construir su sentencia a partir de una pretendida norma extranjera, sólo porque su existencia no sea controvertida por la parte contraria a la que la alegue. Es más, situándonos en un caso extremo, ¿es que va a dejar de aplicar una disposición que él, por su conocimiento privado, sabe que en efecto existe, sólo porque el litigante tenía que probarla no la haya hecho?. La respuesta a este interrogante depende de que se permita la investigación *ex officio judicis* o que se siga una posición más conservadora en este ámbito. Si una parte prueba suficientemente el contenido, existencia y vigencia del Derecho extranjero, la otra parte, si lo acepta, queda relevada de la prueba; pero, en definitiva, se exige que la prueba se haga suficientemente por una de las partes, lo cual es contradictorio. Por otro lado,

la aceptación de la doctrina de los hechos admitidos permite, de facto, que las partes conculquen los principios de regulación previstos por el legislador en una norma de conflicto. La solución óptima es que el juez, ante el acuerdo de las partes sobre el contenido del Derecho extranjero, haga valer su propio conocimiento o las fórmulas que el ordenamiento le brinda para indagar de oficio el Derecho extranjero. Ello nos pone en relación con la cuestión general de la participación del juez en la indagación del Derecho extranjero, posibilidad abierta en el Proyecto.

**376.** Sentada la máxima de la inaplicabilidad de oficio del Derecho extranjero, es menester averiguar si existe algún mecanismo en el que permita al juez suplir el defecto de alegación del Derecho extranjero o de la prueba de su contenido. En este punto las diligencias para mejor proveer destinadas al conocimiento del Derecho extranjero son una facultad del juez, y nunca una obligación; pero, además, parece que dichas medidas, dado su carácter y ubicación en el proceso, por muy aconsejables que resulten, sólo serían procedentes si las partes han invocado el Derecho extranjero, pero no lo han probado suficientemente. Consecuentemente, siempre sería necesaria la alegación por las partes del Derecho extranjero, y la actividad del juez se reducirá a complementar o incluso suplir la necesaria prueba de dicha alegación por las partes. Partiendo de que las diligencias para mejor proveer no pueden recaer, dada su naturaleza, en hechos que no hayan sido alegados por las partes, es menester poner de relieve el carácter restrictivo a que conduce esta interpretación. Una vez que el juez determina, a través de la aplicación de oficio de sus normas de conflicto, la aplicabilidad de un Derecho extranjero para regir el supuesto, debería estar facultado para poner en marcha los mecanismos de prueba del mismo, independientemente de si las partes lo han alegado o no.

**377.** Acorde con el principio de imperatividad de la norma de conflicto parece a primera vista la desestimación de la pretensión, cuando las partes no han alegado o probado de forma suficiente el Derecho extranjero. Utilizando estrictamente este principio, la parte que no alega o no consigue probar el Derecho extranjero verá desestimada su demanda sin posibilidad alguna de volver a plantear su pretensión alegando y probando correctamente el Derecho extranjero. Semejante solución muy posiblemente será contraria al principio de tutela judicial efectiva, por lo que resultará obligado interpretar el sistema de forma que se pueda corregir tal resultado.

Una desestimación de la pretensión basada exclusivamente en la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero no supone una respuesta en cuanto al fondo de la pretensión, sino una sanción a la conducta procesal de las partes desproporcionada y arbitraria habida cuenta de sus consecuencias impositivas de obtener una resolución en cuanto al fondo. En todos aquellos casos en que la remisión al Derecho extranjero procede de una norma de conflicto de origen convencional, en cuyo caso la aplicación de oficio es necesaria para respetar la obligación internacional asumida; este es el propio tenor de las normas convencionales que suelen exigir la aplicación de la ley designada con la única excepción del orden público.

**378.** El órgano de aplicación puede encontrarse en la situación de no poder, materialmente, aplicar el Derecho extranjero. Esta imposibilidad, contemplada en el párrafo tercero del precepto que se comenta, es absoluta si resulta imposible fijar el punto de conexión de una norma de conflicto, cuando la normativa extranjera presenta una laguna en la reglamentación del supuesto o bien su contenido no ha podido ser determinado o es abiertamente contrario al orden público, en el sentido expuesto en el epígrafe anterior, hablándose en este último caso de una imposibilidad legal o moral, más que material. La imposibilidad puede ser parcial si únicamente se desconocen o exceptúan normas relativas a aspectos parciales de la situación litigiosa, en cuyo caso sólo respecto de aquéllas se suscita la imposibilidad material de aplicar el Derecho extranjero. La falta de prueba del Derecho extranjero no implica en sí misma una imposibilidad material, ya que puede depender de la voluntad de las partes o del intérprete, si bien sus consecuencias pueden coincidir, como veremos, con las que produce la imposibilidad material de aplicar el Derecho extranjero.

Es estos casos se trata de determinar qué Derecho debe aplicarse en el supuesto de que la norma de conflicto del foro designe a un Derecho extranjero y éste es de imposible conocimiento por el juez, o, si se quiere, cuando estemos ante un caso de “imposibilidad material” en la aplicación del Derecho extranjero. Ante este problema cabían hipotéticamente al juez dos soluciones. En primer lugar, rechazar, pura y simplemente, la demanda, que es la más simple pero que comporta una situación procesal de no solución a la controversia y puede dar lugar a consecuencias evidentemente injustas, no sólo poner en duda el carácter jurídico del Derecho extranjero, sino porque se incurre en una evidente denegación de justicia. En segundo lugar, que sea vea “obligado” a aplicar un ordenamiento distinto. La cuestión consiste entonces en determinar éste. A tal interrogante caben tres respuestas.

i) Estimar que dicho ordenamiento debe ser determinado por el propio juez en base a los “principios generales del Derecho comunes a los sistemas en presencia” en el litigio<sup>460</sup>. No cabe duda que esta construcción implica una potenciación del método comparado, al insistir en los aspectos comunes de los sistemas jurídicos en presencia. Sin embargo, a pesar de lo atrayente del planteamiento, cabe preguntarse por su operatividad y, en tal sentido, lo que sí resulta de fácil aplicación en los arbitrajes no lo es tanto para el Juez nacional, que se encuentra limitado por su propio ordenamiento jurídico.

ii) La aplicación del ordenamiento jurídico más próximo. Es decir, en el caso de imposibilidad material en la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, se acudiría a un ordenamiento de la misma familia jurídica,

---

<sup>460</sup> Esta es la solución a la que llegó el árbitro Lord Asquith of Bishopstone en el asunto de las *concesiones petrolíferas de Abu Dhabi Oil, Int'l Comp. L. Q.*, vol. I, 1952, p. 247. Vid. Ph.C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, pp. 27 ss.

también sobre la base del Derecho comparado. Se trata de una solución interesante desde la perspectiva teórica, pero irreal desde el punto de vista práctico. Es cierto que existen sistemas jurídicos con un alto grado de mimetismo y recepción respecto a otros, no obstante, aplicar en estos casos la solución propuesta conduce a un resultado de puro expediente y a su posible arbitrariedad y por los resultados contradictorios a los que podría dar lugar.

iii) La aplicación de la *lex fori*. Esta concepción ha sido mantenida desde posiciones distintas. Se habla, en primer término, de una “presunción de identidad” por lo cual esta tesis posee una directa relación con el argumento que acabamos de exponer; pero sólo resulta operativa en los países anglosajones sobre la base del *common law*. También se ha hecho referencia a la “competencia general del Derecho del foro”<sup>461</sup>, Por último, es más frecuente el planteamiento que acude a una supuesta la competencia residual del Derecho del foro; la norma de conflicto del foro nos remite al Derecho material extranjero, pero, caso de faltar éste, es el propio Derecho del foro el que completa el vacío con sus propias normas materiales<sup>462</sup>. Esta es la solución que adopta decididamente el párrafo 3, *in fine*, del precepto que se comenta. No en vano, la superioridad de la ley del foro deriva de razones prácticas elementales tales como su certidumbre y, sobre todo, las facilidades de interpretación que incumben al Juez<sup>463</sup>

Aceptada esta última solución el juez debe, sin embargo, tener la certidumbre de que la imposibilidad de información acerca del Derecho extranjero no es fruto de una mera negligencia de la parte o de una actitud fraudulenta<sup>464</sup> y para ello, puede utilizar el cauce de las diligencias oportunas. Dicho en otros términos, la aplicación de la *lex fori* sólo será factible cuando se hayan agotado todos los medios de información del Derecho extranjero y, además, cuando exista una relación sustancial del supuesto con el foro. Y, en cualquier caso, deberá intervenir únicamente como última *ratio*, pues existen ocasiones en las que podría ser factible acudir a un “tercer Derecho” a través de la utilización de criterios de conexión de carácter subsidiario deducidos del propio sistema de DIPr que estemos aplicando<sup>465</sup>.

**Art. 64. Interpretación.** 1. Los jueces y autoridades caribeños están obligados a aplicar la ley extranjera tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho

<sup>461</sup> J. M. Bischoff, *La compétence du droit française dans le réglemant des conflits de lois*, Paris, LGDJ, 1959. *Vid. supra*, el asunto *Bisbal*.

<sup>462</sup> A. Ehrenzweiz, *Private International Law*, I, 2ª ed., Leyden, Sijthoff-Oceana, 1972, pp. 103-104.

<sup>463</sup> P. Gannagé, “L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 63, I, 1989, pp. 205-240, esp. p. 232.

<sup>464</sup> Cf. H. Batiffol, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 63, I, 1989, p. 244

<sup>465</sup> F.J. Garcimartín, *Sobre la norma de conflicto*, *op. cit.*, pp. 71-74.

resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

2. La ley extranjera se aplica según sus propios criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo.

**379.** Al aplicar el Derecho extranjero el Juez del foro debe partir de la idea de la integridad de ese ordenamiento<sup>466</sup>. De acuerdo con este precepto el juez debe “sumergirse” en el sistema jurídico extranjero y aplicarlo como si fuera un juez de este país<sup>467</sup>. Ello implica que el Derecho extranjero debe ser aplicado por el juez del foro en el contexto de la pluralidad de fuentes de aquel sistema y que dicho juez debe, asimismo, tener en cuenta la jerarquía de fuentes allí imperantes (párrafo 1º). En segundo lugar, es menester proceder a una interpretación de la norma reclamada de acuerdo a los criterios del propio sistema extranjero (párrafo 2º)<sup>468</sup>. La integridad del Derecho extranjero reclamado incluye, en tercer lugar, la denominada remisión *ad extra* cuando se trate de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos (**art. 70** del Proyecto).

La localización continúa siendo el primer escalón del DIPr. La norma de conflicto remite la regulación de un supuesto internacional a las normas de un determinado Derecho nacional. Sin embargo, en un segundo escalón, estas normas materiales nacionales no pueden ser aplicadas sin consideración de la internacionalidad del supuesto. Su interpretación, aplicabilidad y actuación deben modularse teniendo en cuenta cómo incide en el caso el elemento internacional. En suma, el segundo escalón, la aplicación del Derecho material de un Estado determinado, exige reintroducir en la respuesta el elemento internacional del caso.

**380.** Las facultades del juez pueden incluso alcanzar el planteamiento mismo de las condiciones de validez constitucional de la ley extranjera siempre, claro es, que en el ordenamiento extranjero exista algún mecanismo de revisión constitucional.

<sup>466</sup> CONC.: Art. 13.1ª Ley DIPr suiza; art. 15 Ley DIPr italiana; art. 4 Ley DIPr austriaca; art. 60 Proyecto dominicano; art. 3 Proyecto mexicano; art. 3 Proyecto uruguayo; art. 4 Proyecto colombiano.

<sup>467</sup> Este problema se planteó de una manera concreta en la jurisprudencia internacional en el asunto relativo al *pago de diversos empréstitos servios emitidos en Francia*. En su sentencia de 12 julio 1929 la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó, una vez que hubo llegado a la conclusión de que era menester aplicar el Derecho interno a un país determinado que “no parece dudoso que el Tribunal se debe esforzar en aplicarlo como se aplicaría en dicho país. No sería aplicar un Derecho interno aplicarlo de manera diferente a aquélla como sería aplicado en el país en que está en vigor” (*CPJI, serie A, n.º 20–21*, pp. 123–125.). *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal de Roma 13 septiembre 1954 (*Anglo-Iranian Oil Company c. SUPOR.*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 519 ss y nota de R. de Nova.

<sup>468</sup> El párrafo 2º de este precepto reproduce en su integridad el art. 15 Ley italiana de Derecho internacional privado de 1995. *Vid.* N. Boschiero, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato* (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1043–1045. *Vid.* art. 3 Proyecto mexicano: “La ley extranjera se aplicará según sus propios criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo”; art. 60 proyecto dominicano, que incluye un texto idéntico al del precepto comentado. *Vid.*, asimismo el art. 14 Código DIPr belga de 2004.

En tal caso la posición del juez del foro queda condicionada por la solución que se otorgue a la cuestión por el Derecho extranjero reclamado, sin que influya la inexistencia en su ordenamiento de un proceso similar<sup>469</sup>. Avanzando más en esta idea, cabe atender a una serie de situaciones diversas:

i) Si un tribunal o un órgano político del Estado extranjero cuyo Derecho reclama la norma de conflicto del foro se han pronunciado con eficacia *erga omnes* acerca de la legitimidad constitucional o de la ilegitimidad constitucional de la norma reclamada, el juez del foro debe resolver de acuerdo con los criterios expresados por el tribunal u órgano político extranjero, subsumiéndose el tema en la problemática general de la prueba de Derecho extranjero, que será abordada más adelante. La razón última de tal aseveración descansa, de un lado, en que la juridicidad de la norma reclamada en el ámbito de su propio ordenamiento jurídico es un requisito previo a su toma en consideración<sup>470</sup> y, de otro lado, en el hecho de que si la ley extranjera ha perdido su juridicidad carece de fuerza imperativa en el Estado de origen, y, por tanto, no puede ser aplicada por el juez del foro<sup>471</sup>. De esta suerte, el juez del foro debe limitarse a asumir en toda su extensión el resultado del fallo del Tribunal Constitucional extranjero que se pronuncia en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma reclamada<sup>472</sup>. Dicha asunción no deriva de la sumisión directa al fallo del tribunal extranjero, sino del propio mandato contenido en la norma de conflicto de aplicar el Derecho extranjero en su propio contexto, tal y como lo harían las autoridades del país en cuestión. Naturalmente, en la aplicación de la norma extranjera declarada constitucional entrará siempre el límite de no ser contraria al orden público del foro.

ii) En la hipótesis de que el procedimiento de control constitucional del Derecho reclamado por la norma del conflicto del foro esté pendiente de solución, cabe la posibilidad de suspender el proceso en el foro, aunque esto no es posible a veces de acuerdo con las normas procesales del foro, toda vez que el Juez está obligado a emplear dichas normas en la verificación si se dan los motivos que justifican la suspensión. En cualquier caso, la situación de pendencia existente en el Estado

---

<sup>469</sup> C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 255 ss; R. M. G. de Moura Ramos, *Dereito internacional privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 242 ss.

<sup>470</sup> G. Morelli, "Controllo di costituzionalità di norme straniere", *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 171-183, esp. pp. 171-174.

<sup>471</sup> H. Motulsky, "L'office du juge et la loi étrangère", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 362.

<sup>472</sup> Así lo puso de manifiesto la sentencia del Tribunal de *Grand Instance* de Dunkerke de 29 noviembre 1989, donde se planteaba una reclamación alimenticia consecuencia de una separación matrimonial. El Tribunal admitió de oficio su vinculación a una decisión del Tribunal Constitucional italiano que declaró inconstitucional el art. 18 del Código civil, que establecía la ley nacional del marido para las relaciones personales entre cónyuges de diferente nacionalidad (*Journ. dr. int.* 1990, pp. 393 ss y nota de H. Gaudemet-Tallon).

extranjero debe ser relevante para el juez del foro cuando la decisión foránea pueda afectar con carácter general a la juridicidad de la norma controvertida. Dicha relevancia requiere, claro está, que exista un procedimiento abierto en el extranjero acerca de la constitucionalidad de dicha norma ante el órgano constitucional competente para ello; y que el cambio de la norma impugnada condicione a los órganos que deban aplicarla y, por ende, al juez del foro. El carácter condicionante para este último está en función de que aprecie que en el sistema extranjero se suspende la aplicación de la norma controvertida hasta que finalice el juicio de constitucionalidad<sup>473</sup>.

iii) Mayores interrogantes suscita la variante según la cual la ley extranjera invocada “pudiera llegar a ser anticonstitucional” en el Derecho extranjero cabiendo la posibilidad de que así lo llegue a declarar el Tribunal Constitucional u órgano similar en este país ¿está el juez del foro facultado para pronunciarse sobre la anticonstitucionalidad del precepto, aunque aún no haya sido declarada ésta en el país de donde dimana?. El precepto comentado no cierra esta vía que está en relación directa con el alcance de los poderes que el juez del foro disponga para ejercer un control de la constitucionalidad<sup>474</sup>. En todo caso el mecanismo se “inmersión” en un ordenamiento extranjero implica que si en el sistema constitucional extranjero se entiende que la norma impugnada sigue manteniendo validez hasta que no exista un pronunciamiento expreso por parte del órgano constitucional, dicha norma sigue produciendo toda su eficacia jurídica y vincula al juez del foro<sup>475</sup>. No obstante, en ciertos sistemas constitucionales esta solución no es tan clara otorgándose un cierto grado de invalidez a la norma afectada; en este caso el juez del foro deberá tomar en consideración la jurisprudencia extranjera al respecto y obrar en consecuencia.

**381.** El párrafo 1 *in fine* del precepto establece el protagonismo de las partes en la alegación y prueba del Derecho extranjero al insertar la posibilidad de que éstas “puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”. Opta pues por dejar al juez un papel limitado (*vid. supra*, **art. 63.2º**) en el conocimiento del Derecho extranjero, lo que implica, de un lado, una nota dispositiva, esto es, el impulso corresponde a las partes y su acción condiciona la mecánica posterior del proceso y, de otro lado, que la determinación concreta de la normatividad extranjera, así como su prueba, se practican a través de una colaboración entre el Juez

---

<sup>473</sup> K. Siehr, “Diritto internazionale privato e diritto costituzionale”, *Il Foro italiano*, vol. XCVIII, 1975, pp. 7–16.

<sup>474</sup> R. Quadri, “Controllo sulla legittimá costituzionale delle norme straniere”, *Dir. int.*, vol. XIII, 1959, pp. 31–35; F. Mosconi, “Norme Straniere e controllo di costituzionalità e di legittimitá e di legittimitá internazionale”, *Dir. int.*, vol. XIV, 1960, pp. 426–439; T. Ballarino, *Costituzione e Diritto internazionale privato*, Pádua, Cedam, 1974; K. Lipstein, “Proof of Foreign Law: Scrutiny of its Constitutionality and Validity”, *British Yearb. Int'l L.*, vol. 42, 1967, pp. 265–270.

<sup>475</sup> S.M. Carbone, “Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. I, 1965, pp. 685–696, esp. pp. 690–691.

y las partes. Resumiendo, se impone al juez la obligación de determinar o verificar de oficio el contenido del Derecho extranjero (**art. 63.1º**), admitiéndose la posible colaboración de las partes, bien en virtud de su propia iniciativa, bien a solicitud del juez.

**382.** La segunda parte del párrafo 2 del precepto que se comenta hace referencia al denominado “conflicto internacional transitorio”, esto es, el problema derivado de la modificación en el tiempo de las normas materiales del Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto del foro<sup>476</sup>. Se han señalado dos vías para solucionar los conflictos internacionales transitorios

i) Una primera consistiría en aplicar los principios de Derecho transitorio de la *lex fori*, al considerar que sólo las normas materiales extranjeras tienen carácter extranjero por razón de su origen. Semejante solución no resulta de recibo por implicar una desnaturalización del ordenamiento reclamado por la norma de conflicto del foro.

ii) Por ello debe optarse, como lo ha hecho la norma que se comenta, por la aplicación de las disposiciones transitorias del Derecho extranjero. No cabe duda de que este último es un recurso más acorde con el “principio de integridad” del Derecho material extranjero y con el papel limitado atribuido a la norma de conflicto del foro, cuya función concluye en la designación del Derecho extranjero reclamado, siendo éste (la *lex causae*) el encargado de concretar la norma material que ha de aplicarse al supuesto.

Ahora bien, la aplicación de las normas de Derecho transitorio de la *lex causae*, admitida como principio general, cederá en favor de la aplicación de los criterios transitorios de la *lex fori* cuando sea materialmente imposible determinar el contenido de las disposiciones transitorias de la ley extranjera, o bien cuando sean susceptibles de contrariar el orden público internacional del foro. Esta última posibilidad es particularmente factible si el legislador extranjero ha puesto en vigor normas materiales imperativas o disposiciones de carácter retroactivo, susceptibles de lesionar determinados derechos individuales o principios jurídicos sólidamente asentados en la *lex fori*, esto es, con valor de orden público.

Otra circunstancia que, con carácter general, puede dar lugar a una excepción al principio de aplicación de las disposiciones transitorias de la *lex causae*, radica en la movilidad de la situación de hecho, en la desvinculación del supuesto en un momento dado respecto del Derecho extranjero, hecho éste que puede justificar la inaplicación de las disposiciones posteriores de la *lex causae*, aunque así lo determinen sus normas de Derecho transitorio.

---

<sup>476</sup> P. Graulich, vº, “Conflit de lois dans le temps”, *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, vol. I, Paris, 1968, pp. 504–516.

Una última excepción de carácter especial y de singular importancia tiene lugar en materia de obligaciones contractuales. A través de las denominadas “incorporaciones por referencia”, y debido a motivos económicos, de conveniencia o de mayor grado de desarrollo de determinados ordenamientos, las partes contratantes pueden incluir en el contrato una remisión a determinadas normas de un ordenamiento estatal o de un Convenio internacional, tal y como rigen en un momento determinado. De esta forma, incorporan dicha reglamentación “por referencia”, como si su texto fuese letra escrita por los propios contratantes. En estos casos, la modificación del Derecho extranjero o, en su caso, del régimen convencional, carece de eficacia alguna, puesto que las partes no proceden a designar la ley aplicable al contrato, sino a “copiar” las normas extranjeras o convencionales existentes en un momento dado, como un simple acuerdo de voluntades entre ellas. Dicho acuerdo que reflejan las incorporaciones por referencia sólo perderá validez, como cualquier otro pacto, si es contrario a la ley que rige el contrato.

**Art. 65. Derecho público extranjero.** La ley extranjera reclamada por la norma de conflicto se aplica aunque esté contenida en una disposición de Derecho público.

**383.** Aunque desde perspectivas muy dispares en el DIPr clásico se ha negado sistemáticamente cualquier intervención del Derecho público en todos sus sectores, incluido el relativo al Derecho aplicable. Semejante construcción descansaba en tres argumentos principales. En primer lugar, en que la naturaleza jurídico-privada de las cuestiones objeto de regulación por el DIPr no permitía dar entrada en el foro al Derecho público extranjero, pues, en caso contrario, la soberanía estatal podría quedar seriamente afectada. En segundo lugar, en la naturaleza rigurosamente territorial de este bloque normativo que conducía a que únicamente podía ser aplicado por los tribunales del Estado en que se había originado. Por último, en consideraciones de orden público<sup>477</sup>. A partir de estas construcciones se aseveraba que el DIPr no se refería a todos los conflictos de leyes internacionales en el espacio, sino exclusivamente a aquellos que surgían entre disposiciones de Derecho privado por lo que una fuerte corriente doctrinal, avalada por numerosos fallos judiciales, procedió a excluir las normas de Derecho público.

La evolución doctrinal desde estas posiciones tradicionales ha sido larga y accidentada. Desde la justificación de una “tímida” acogida del Derecho público extranjero<sup>478</sup>, hasta la admisión más rotunda<sup>479</sup>, los resultados de la investigación científica

---

<sup>477</sup> Todo ello sin olvidar el planteamiento original planteamiento del jurista sueco T. Gihl, a partir de las que él denominaba “leyes políticas” que, como tales, no tenían a su juicio aplicación en el foro (cf. “Lois politiques et droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 83 (1953-II), pp. 163–254.

<sup>478</sup> P. Fedozzi, “De l’efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public”, *Recueil des Cours*, t. 27 (1929-II), pp. 149 ss; C. Freyria, “La notion de conflit de lois en droit public”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1962–1964)*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 103–119.

ca en los últimos años han tratado de dar respuesta a un fenómeno característico de la sociedad contemporánea: el intervencionismo del Estado especialmente en la vida económica<sup>480</sup>. Y, lo que es más importante, la polémica doctrinal no ha sido estéril, sino que ha encontrado una importante proyección en la práctica<sup>481</sup>. En la actualidad, la posición favorable a la aplicación de las normas materiales extranjeras de Derecho público es unánime en la doctrina salvo alguna posición aislada<sup>482</sup>, se encuentra plasmada en Resolución del Instituto de Derecho Internacional de Wiesbaden de 1975<sup>483</sup> y se incluye en el art. 6.1º de la Ley DIPr polaca. Aunque es preciso matizar que tras la apariencia de ciertos problemas de Derecho aplicable que parecen involucrar normas extranjeras de Derecho público, se esconde a menudo un problema diferente: el reconocimiento en el foro de los actos públicos extranjeros, desplazándose el eje de la cuestión del sector de la ley aplicable al sector del reconocimiento de actos.

**384.** La distinción entre Derecho público y Derecho privado, en el ámbito del Derecho interno, se ha vuelto borrosa y carente, en gran parte, de la utilidad que ha tenido en tiempos pasados<sup>484</sup>. Si hoy dicha distinción sólo presenta un carácter instrumental, sería equivocado preservarla, e incluso intensificarla, en el DIPr Esta es la dirección tomada por la doctrina científica contemporánea y puesta de manifiesto en la referida Resolución del I.D.I. Conforme a dicha Resolución, es un hecho evidente que en el ámbito del Derecho comparado la distinción entre Derecho público y Derecho privado está teñida de la nota de relatividad y marcada por su carácter evolutivo, y es asimismo evidente la interpenetración constante de estas

---

<sup>479</sup> R. Quadri, "Leggi politiche e diritto internazionale privato", *Studi Critici*, vol. II, Milan, Giuffrè, 1958, pp. 363 ss; P. Lalive, "Sur l'application du droit public étranger", *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXVII, 1971, pp. 103-142; *id.*, "Le droit public étranger et le droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1973-1975)*, Paris, Dalloz, 1977, pp. 215-245

<sup>480</sup> A. Tuobiana, *Le domaine du droit du contrat en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1972.

<sup>481</sup> Como pusiera de relieve la Sent. del Tribunal Federal suizo de 2 febrero 1954 (*Ammon c. Royal Dutch*, *Ann. Suisse dr. int.*, vol. XII, 1955, p. 279 ss), refiriéndose al postulado tradicional de la inaplicabilidad del Derecho público extranjero, "el alcance de este principio debe ser precisado, pues, enunciado de una forma tan general, no tiene suficientemente en cuenta el hecho de que el orden jurídico de un Estado es un todo, por lo que es necesario, en particular, examinar su justificación interna". Este razonamiento encontraría eco en la Sent. del Tribunal Federal alemán de 17 diciembre 1958 (*Völlert, B.G.H.Z.*, 31, 367), pues, tras considerar infundada la tradicional negativa a aplicar todo el Derecho público, el Tribunal procedió a separar las disposiciones que lo integran según su finalidad; de acuerdo con dicha decisión, "la situación jurídica debe ser apreciada de modo diferente si una restricción de Derecho público al poder de disponer sirve, no para armonizar intereses de Derecho privado dignos de protección, sino para realizar objetivos económicos o políticos del Estado que ha dictado las restricciones en cuestión. En este caso, la disposición de Derecho público, en razón de su objetivo diferente, no tiene ya una relación intrínseca con la obligación privada a que afecta".

<sup>482</sup> M.C. Feuillade, "Aplicación del Derecho público extranjero", *Prudentia Iuris*, nº 73, 2012, pp. 83-115.

<sup>483</sup> *Institut de Droit International, Annuaire*, Session de Wiesbaden, 1975, vol. 56, pp. 219-278.

<sup>484</sup> J.C. Fernández Rozas, *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, Oviedo, ed. Gráficas Valdés, 1985, p. 40.

dos vertientes del Derecho, como consecuencia de los cambios sobrevenidos en los hechos y en las ideas por el intervencionismo del Estado, especialmente en la reglamentación y en la protección de los intereses de los individuos y en la gestión de la economía.

Resulta conveniente matizar, además, la afirmación tradicional de que el Derecho público tiene un carácter exclusivamente territorial pues la distinción entre Derecho público y Derecho privado ya no conserva valor práctico. No en vano al margen de la unidad del ordenamiento jurídico de cada Estado se produce cada vez en mayor medida una penetración recíproca de las normas de un grupo en las de otro. La realidad de las cosas demuestra, en efecto, que si el DIPr clásico negaba la posibilidad de aplicar Derecho público extranjero, ello ha obedecido a razones muy diversas, entre las que sin duda destaca el influjo de la estatutaria; hoy, la revisión se fundamenta en el creciente intervencionismo del Estado en materias tradicionalmente de Derecho privado. Pero esta no es la única justificación de la aplicación de las normas materiales extranjeras de Derecho público. En la actualidad, existe práctica unanimitad en afirmar que uno de los argumentos de esta apertura es, sin duda, la cooperación creciente entre los Estados en la consecución de los intereses del comercio internacional y el progresivo impacto del Derecho público sobre el Derecho privado<sup>485</sup>.

**385.** Las Convenciones de la CIDIP sobre Derecho aplicable están centradas en materia de Derecho privado, no obstante alguna de ellas establecen la posibilidad para la consideración de ciertas cuestiones propias de Derecho público, bien es verdad que desde la perspectiva del proceso<sup>486</sup>. En cualquier caso, de la lectura de la Convención CIDIP sobre normas generales de 1979 no puede inferirse que sus disposiciones estén redactadas exclusivamente para responder a cuestiones exclusivas de Derecho privado<sup>487</sup>. Junto a esta realidad tampoco puede ignorarse que la cuestión que estamos examinando está expresamente regulada en ciertos sistemas estatales<sup>488</sup> y que figura, con la misma redacción que el precepto que se comenta, en el art. 61 del Proyecto de Ley DIPr de la República Dominicana de 2013.

---

<sup>485</sup> L. Trigueros, "Notas sobre los problemas de relación entre Derecho internacional privado y Derecho público", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n° 14, 1982, pp. 213-222.

<sup>486</sup> *V.gr.* el art. 16 Convención CIDIP sobre exhortos y Cartas rogatorias 1975 establece que "Los Estados Partes en esta Convención podrán declarar que extiendan las normas de la misma a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso-administrativa, juicios arbitrales u otras materias objeto de jurisdicción especial. Tales declaraciones se comunicarán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos". Y en idénticos términos se manifiesta el art. 15 de la Convención CIDIP sobre recepción de pruebas en el extranjero de 1975.

<sup>487</sup> V.C. García Moreno y C. Belair M., "Aplicación del Derecho público extranjero por el juez nacional", *Octavo Seminario de Derecho Internacional Privado*, México, Unam, 1989, pp. 91-102, esp. 101.

<sup>488</sup> De acuerdo al art. 13.2° Ley DIPr suiza de 1987: "L'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public".

**386.** Debe reiterarse que la aplicación de las normas extranjeras de Derecho público correspondientes a la ley designada por la norma de conflicto no plantea idénticos problemas a la aplicación del Derecho público extranjero en el reconocimiento de la eficacia de actos o decisiones creados o constituidos en el extranjero, cuestión ésta que excede al problema de la selección de la ley aplicable. No cabe duda de que las normas materiales extranjeras de Derecho público son tomadas a menudo en consideración por el ordenamiento del foro en la selección de la ley aplicable. Así ocurre al determinar la nacionalidad extranjera que se erige como punto de conexión de una norma de conflicto. Para su determinación es necesario tener en cuenta el Derecho de la nacionalidad extranjera, que regula su atribución, adquisición, pérdida, etc. Al margen de este supuesto y de otros similares, la “publicación” del Derecho privado, especialmente en el sector de la contratación, plantea la posibilidad de aplicar las leyes de policía económica del ordenamiento designado por la norma de conflicto, que, de no resultar aplicadas, reducirían al absurdo la determinación de la ley aplicable en la materia, infringiéndose en la mayoría de los casos el principio de aplicación integral del Derecho designado por la norma de conflicto o las reglas previstas para garantizar la seguridad del tráfico. Incluso es posible proceder a la aplicación de tales normas de policía económica pertenecientes a un tercer Estado, como prevé el **art. 69** del Proyecto “Los tribunales caribeños pueden, si lo consideren pertinente, dar efecto a las disposiciones imperativas de otro Estado con el cual la relación jurídica tenga vínculos estrechos. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.

En la práctica, la aplicación de las normas materiales extranjeras de Derecho público cobra importancia real en este sector patrimonial de la contratación internacional, sometido a cierto intervencionismo estatal. En este punto, el problema se centra en la aplicación de las disposiciones imperativas o normas de orden público económico del ordenamiento extranjero, problema que, en cuanto tal, es contemplado por el **art. 69** del Proyecto. Por otro lado, la aplicación de oficio del Derecho extranjero por parte del juez y la superación en la actualidad de la dificultad en el acceso a la ley extranjera que conducen a su plena aplicación requieren también la oficiosidad en el conocimiento del Derecho público extranjero<sup>489</sup>.

**Art. 66. Adaptación.** Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

<sup>489</sup> A. Bucher y A. Bonomi, *Droit international privé*, Basilea, ed. Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 119.

387. La adaptación<sup>490</sup> ha sido durante muchas décadas exponente paradigmático de algunas insuficiencias del método conflictual<sup>491</sup> y, a la vez, demostrativo de cómo la flexibilidad de las técnicas de solución contribuye a una respuesta adecuada a la reglamentación de las relaciones privadas internacionales<sup>492</sup>. No en vano se ha llegado a afirmar que entre la técnica de la adaptación y la propia de las normas materiales de DIPr la distancia no es especialmente significativa<sup>493</sup>.

Sin duda la regulación más notoria de la adaptación se recoge en el art. 9 de la Convención CDIP sobre normas generales de DIPr de 1979. Esta disposición fue introducida a propuesta de la delegación venezolana en la CIDIP con una vocación de aproximación a los sistemas anglo-americanos, con el deseo de superar “imprevisibles desajustes para resolver los problemas de DIPr” y como “adecuada respuesta” a las críticas contra la utilización de reglas indirectas en este ordenamiento<sup>494</sup>. El tenor del referido art. 9, fue insertado con modificaciones de matiz, en el art. 14.IV CCDF<sup>495</sup> y en el art. y en el art. 7 de la Ley DIPr venezolana de 1998 con la única matización de que esta última emplea el término “Derechos” en vez de “leyes”. Pero al margen de esta coherencia del legislador interno de Venezuela, que está también presente, en el Anteproyecto mexicano de DIPr, debe resaltarse su favorable acogida en los otros ocho países latinoamericanos partes de la Convención: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay<sup>496</sup>. De acuerdo con el referido art. 9,

---

<sup>490</sup> CONC.: Art. 10 Código DIPr panameño; art. 12 Proyecto Código DIPr argentino; art. 5.f Código modelo mexicano de DIPr; art. 62 Proyecto dominicano; art. 7 Proyecto boliviano; art. 11 Proyecto uruguayo.

<sup>491</sup> Ph. Franciscakis, *Le théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, pp. 52–53.

<sup>492</sup> N. Bouza Vidal, *Problemas de adaptación en el Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 12.

<sup>493</sup> A.E. von Overbeck, “Les règles de droit international privé matériel”, *De conflictu legum. Essays presented to R.D. Kollwijn / J. Offerhaus*, Leiden, Sijthoff, 1962, pp. 362–379, esp. p. 364.

<sup>494</sup> G. Parra Aranguren, “La Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)”, *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, pp. 157–186, esp. p. 184.

<sup>495</sup> Sobre el proceso de introducción de este precepto en el CCDF en la reforma del año 1988 y el papel que jugó la Academia Mexicana de Derecho Internacional de Derecho Internacional Privado *vid.* el estudio de J.A. Vargas, “Conflictos de leyes en México: las nuevas normas introducidas por las reformas de 1988” (traducción de publicado en *The International Lawyer*, vol. 28, n° 3, 1994), *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 26, 1996pp. 619–656, esp. pp. 646–647; V.C. García Moreno, “Reforma de 1988 a la legislación mexicana en materia de Derecho internacional privado”, *Libro homenaje a Haroldo Valladão. Temas de Derecho internacional privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 187–212, esp. pp. 197–198.

<sup>496</sup> Art. 5.f Código modelo de Derecho internacional privado mexicano, dentro de un amplio tratamiento de los referidos problemas generales. *Vid.* L. Pereznieto Castro, “Anteproyecto de reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de Derecho internacional privado”, *Revista Mexicana de Justicia*, vol. V, n° 1, 1987, pp. 168 ss. *Vid.* art. 62 del Anteproyecto de Ley DIPr de la República Dominicana de 2013, que incluye un texto idéntico al del precepto comentado del Proyecto OHADAC.

“Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto”.

El tenor de dicho texto, que ha llegado a ser incluido entre los logros máximos del DIPr interamericano<sup>497</sup>, aconseja volver sobre una cuestión clásica de este ordenamiento, desde una perspectiva esencialmente eurocentrista originaria de la cuestión que tenga muy en cuenta los planteamientos doctrinales realizados en América latina, con el objeto de señalar las posibilidades que la norma en la ordenación del tráfico externo del área OHADAC.

**388.** El papel de la norma de conflicto concluye con la localización o determinación del Derecho extranjero aplicable. La solución del caso concreto, incluido el proceso de selección de las normas materiales del Derecho extranjero que han de ser aplicadas de acuerdo con las categorías de dicho ordenamiento, es una cuestión que no atañe al Derecho del foro, de la misma forma que ocurre en el supuesto de remisión a un Estado plurilegislativo. Por esta razón, en sentido estricto, los denominados “conflictos de calificaciones” sólo se producen en supuestos de inadaptación que conllevan la aplicación de varias normas de conflicto de foro que remiten a varios Derechos materiales. En estos supuestos, y particularmente cuando procede aplicar a un tiempo a una misma situación litigiosa la *lex fori* y un Derecho extranjero, cabe apreciar el juego decisivo de las categorías y de las normas de aplicación de la ley del Tribunal que conoce del asunto.

A diferencia de lo que acontece en la resolución de las relaciones puramente internas, en las que el ordenamiento jurídico de cada Estado asegura la coherencia de las instituciones, tal coherencia es mucho más compleja en las relaciones privadas internacionales, pese a la acción cada vez más relevante de las convenciones internacionales<sup>498</sup>.

La técnica conocida en el DIPr con la denominación de “ajuste” o “adaptación” responde, en efecto, al problema de la incompatibilidad de normas pertenecientes a diversas categorías, que deben ser aplicadas simultáneamente y conlleva una operación de integración de normas de Derecho extranjero en el foro, bien a través de una interpretación adecuada del Derecho material o merced a una adaptación de la norma de conflicto para que ésta conduzca a un Derecho material compenetrado, aunque ambas técnicas incorporen elementos comunes. Es una técnica que pese a su abundante tratamiento jurisprudencial no ha tenido un tratamiento muy extendido en las reglamentaciones de DIPr.

---

<sup>497</sup> W. Goldschmidt, “Un logro americano en el campo convencional del Derecho internacional privado”, *El Derecho* (Buenos Aires), n° 4763, 24 de julio de 1979, p. 3, donde indica las ventajas del carácter amplio de la redacción del precepto.

<sup>498</sup> J.C. Fernández Rozas, “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 25, 2009, pp. 9–44.

**389.** Bajo la rúbrica general de “técnicas de ajuste o adaptación” se engloban habitualmente recursos diversos que obedecen, a su vez, a problemas diversos, cuya delimitación ha desatado un debate conceptual bastante estéril. Conviene partir de la distinción entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de la “sustitución” o “transposición”, de instituciones, asentados estos últimos en la “teoría de la equivalencia”<sup>499</sup>, que en DIPr es aplicable también al problema de la “cuestión preliminar”; esto es, cuando en la solución de la relación jurídica existe una cuestión preliminar regulada por una ley material diversa a la aplicable a la cuestión principal<sup>500</sup>.

La sustitución y la transposición poseen un elemento común con la adaptación en sentido estricto: que aparecen por la aplicación parcial de leyes materiales diferentes a un mismo supuesto del tráfico externo<sup>501</sup>. Pero hay una diferencia esencial en razón a su origen. En ellas la institución extranjera que se pretende tomar en consideración deberá, en todo caso, comportar consecuencias similares a la del foro tanto desde el punto de vista de su formación (unión homosexual, matrimonio polígamico...), como desde sus efectos: se trata de verificar si en el Derecho extranjero la relación considerada es susceptible de producir unas consecuencias similares que las que se solicitan ante el juez del foro. Como puede observarse comporta la aplicación de dos leyes de aplicación sucesiva. Por el contrario, la adaptación se produce entre normas materiales concurrentes y contemporáneas. Como es lógico la respuesta a esta cuestión es esencialmente casuística y está en función de las líneas jurisprudenciales seguidas en cada sistema particular de DIPr.

Se ha propuesto con razón que los supuestos concretos de transposición y sustitución sean tratados conjuntamente a partir de la referida noción de “equivalencia”, cuya relevancia se proyecta también en otros sectores del DIPr con distinto contenido y alcance: centrada en el conflicto de leyes es aconsejable hablar de “equivalencia formal”. En términos generales supone atribuir efectos en el foro a los conceptos y categorías que, aun cuando difieren técnicamente respecto a otro ordenamiento jurídico, en ambos cumplen una función jurídica similar o equivalente respecto de

---

<sup>499</sup> Vid. Ph. Malaurie, “L'équivalence en droit international privé”, *Recueil Dalloz*, 1962, chronique, xxxvi, pp. 215–220. Vid. asimismo, M. Jorge, “La loi étrangère devant le juge du fond: Accord procédural et équivalence des lois”, *Études en l'honneur de Mme. Collaço*, Coimbra, Almedina, vol. I, 2002, pp. 217 ss; H. Gaudemet-Tallon, “De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes: mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 303–325; C. Engel, “L'utilité du concept d'équivalence en droit international privé”, *Annales de Droit de Louvain*, vol. 66, 2006, pp. 55–95.

<sup>500</sup> E. Pecourt García, “Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Español y Americano*, n° 14, 1966, pp. 11–60, esp. p. 20.

<sup>501</sup> En la jurisprudencia mexicana resulta obligada la referencia a la vieja Sentencia SCJN 25 de julio de 1940, donde se sostuvo que la institución del *trust* anglosajón, aunque no era similar a la institución del fideicomiso regulado en México, presentaba un inequívoco grado de equivalencia (J.A. Silva, *Derecho internacional privado. Su recepción judicial en México*, México, Porrúa, 1999, p. 192 y pp. 548–549, donde se reproduce el texto de la decisión.

las mismas instituciones<sup>502</sup>; comporta, pues, la presunción de que sobre el mismo tipo de cuestión jurídica las diversas respuestas contenidas por las leyes en presencia son igualmente aceptables desde el punto de vista de la justicia material y, por tanto, no existe obstáculo para su acogida por el ordenamiento jurídico del foro. Así concebida, la equivalencia fortalece el carácter “neutral” de la norma de conflicto, en el sentido de que la designación del Derecho aplicable se efectúa exclusivamente en función de los vínculos inherentes a la relación jurídica, y en vez eliminar el mecanismo conflictual, lo refuerza<sup>503</sup>. Esta solución puede considerarse válida pues la norma jurídica, en definitiva, está condicionada por una realidad social y la equivalencia pone precisamente de relieve lo que de común existe en esta realidad, en la esfera de distintos sistemas, no obstante la aparente contradicción entre los elementos de la construcción técnica del Derecho. La solución a las relaciones privadas internacionales no podría realizarse si cualquier efecto jurídico que las atañe únicamente pudiera regularse de conformidad conforme a los criterios jurídicos que rigen en el foro<sup>504</sup>.

**390.** Mayor complejidad ofrecen las soluciones para los supuestos de adaptación propiamente dichos. Tres son, en principio, las alternativas posibles utilizar el juez para resolver la eventual contradicción normativa existente entre dos sistemas jurídicos extranjeros:

i) Aplicación de la *lex civilis fori* para lo cual el juez elimina decididamente el desacuerdo de los ordenamientos jurídicos extranjeros. Semejante respuesta encuentra justificación en los sistemas conflictuales en un principio vinculado con la aplicación del Derecho extranjero en el foro que no es otro que, en caso de “imposible aplicación” de un sistema extranjero, el juez debe dar aplicación a la *lex fori* a título de la denominada “competencia residual”; y, por descontado, también encuentra justificación en los sistemas *legeforistas*<sup>505</sup>. A su lado se han ofrecido argumentos bastante convincentes que justifican la posición negativa a partir de una interpretación estricta de la función judicial en el DIPr. Se sostiene así que el juez no posee facultades para proceder a una eventual adaptación entre los sistemas materiales extranjeros declarados aplicables por las normas de conflicto del foro, ni, desde otra perspectiva, para dejar de aplicar una norma de conflicto del foro, en beneficio de otra, sometiendo al Derecho designado por esta última la totalidad de los problemas objeto de la decisión. Por consiguiente, habida cuenta de que la función judicial consiste en la aplicación del Derecho y no en su creación, el problema

---

<sup>502</sup> En Francia, Sentencia de la *Cour de Cassation* (1<sup>er</sup> ch. civ.), 13 de abril de 1999 (*Compagnie Royale belge*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, pp. 698 ss y nota B. Ancel y H. Muir-Watt; *Journ. dr. int.*, 2000, p. 315 ss y nota de B. Fauvarque-Cosson.

<sup>503</sup> Cf. B. Ancel y H. Muir-Watt, nota citada, pp. 700–701.

<sup>504</sup> Cf. A. Bucher y A. Bonomi, *Droit international privé*, 2<sup>a</sup> ed., Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 146.

<sup>505</sup> A.A. Ehrenzweig, *Private International Law*, I, 2<sup>a</sup> ed., Leyden, Sijhoff-Oceana, 1972, pp. 103–104.

desborda el mandato del legislador contenido en las normas de su propio sistema de DIPr, a menos que una norma expresa de dicho sistema atribuya al juez expresa facultad o mandato para realizar la operación de adaptación.

ii) Modificar la aplicación de las normas de conflicto del foro, prescindiendo de uno de los sistemas extranjeros de suerte que el juez someta el asunto en su conjunto en su totalidad a uno de ellos con exclusión del otro; *v.gr.*, optando por considerar que se trata de un problema de régimen económico matrimonial o que se trata de un problema estrictamente sucesorio. Más concretamente, el juez retiene una norma de conflicto y descarta la otra, optando por someter ambas cuestiones a un mismo ordenamiento, dando prevalencia a una de las normas de conflicto y asegurando, de esta forma, la coherencia de la regulación final. Pero en este punto la doctrina no es pacífica en orden a justificar la elección. Cierta sector da preferencia a la primera de las normas de conflicto que ha operado en el tiempo (en este caso la relativa al régimen económico matrimonial) o elegir exclusivamente a la norma de conflicto que remita al Derecho últimamente aplicable, pues es el problema actual que está ventilando el juez (la relativa al régimen sucesorio), siguiendo construcciones inherentes al conflicto móvil<sup>506</sup>.

iii) Modificar los Derechos materiales aplicables procediendo a una labor de adaptación a través de una aplicación parcial por el juez de cada uno de los sistemas en contradicción concediendo determinados efectos atribuidos por cada uno de ellos; *v.gr.* ante la contradicción cónyuge supérstite / sucesiones, atribuyendo los derechos propios del régimen económico de la familia por una ley o sistema extranjero y los derechos sucesorios de acuerdo al otro sistema, de manera que el resultado final sea el adecuado<sup>507</sup>. El juez puede, para evitar tales desajustes, buscar una solución *ad hoc*, compaginando los respectivos Derechos materiales en juego, a través, por ejemplo, de la compensación de los derechos percibidos a tenor de ambos ordenamientos.

Con el precepto que ahora se comenta, cuando se producen problemas de inadaptación, es factible modificar la norma de conflicto o de las normas materiales suce-

---

<sup>506</sup> Ciertamente la Sentencia del Tribunal Supremo español 30 de junio de 1960 solucionó el problema suscitado en el caso *Tarabusi* recurriendo a la estratagema de que no se había probado el Derecho extranjero reclamado en materia sucesoria para aplicar las normas españolas sobre régimen económico matrimonial; pero aunque esta fue la *ratio decidendi* en todo el razonamiento del tribunal estaba la pretensión de incluir el conjunto de los problemas (régimen económico matrimonial y sucesiones) dentro de la norma de conflicto sobre sucesiones a título de ordenamiento últimamente aplicable. En el sistema español, esta vía es la seguida por el art. 9.8º *in fine* del Cc español tras su nueva redacción contenida en la Ley 11/1990 de 15 de octubre, al someter los derechos sucesorios del cónyuge supérstite a la misma ley que rige los efectos económicos del matrimonio. Esta solución no es compartida por la generalidad de la doctrina española acusándola de ser excesivamente rígida y no descender a los pormenores del caso concreto..

<sup>507</sup> *V.gr.* en el caso *Tarabusi / Tarabusi* se atribuirían a la viuda derechos a título de régimen de bienes y a título sucesorio, entendiendo que el sistema aplicable durante el matrimonio fue el de gananciales.

siva o simultáneamente aplicables, para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional.

**Art. 67.** *Exclusión del reenvío.* La ley extranjera designada por la norma de conflicto es su ley material, con exclusión del reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otro Derecho, incluido el caribeño.

**391.** Dentro de otras opciones que han jalonado la historia doctrinal del DIPr y que se han plasmado en los diversos sistemas estatales e insertado en numerosas Convenciones internacionales, el precepto opta por una solución radical<sup>508</sup>. Dicha solución determina que la remisión al Derecho extranjero se entiende realizada exclusivamente al Derecho material, con exclusión de las normas de conflicto del sistema extranjero. Este principio se contrapone a la técnica conocida como “reenvío” que implica una remisión por la norma de conflicto del foro a un Derecho extranjero y la consideración u observación de las normas de conflicto de dicho sistema extranjero. Si dichas normas remiten a la ley del foro, estaremos ante un supuesto de reenvío de retorno o de primer grado; si, al contrario, remite a una tercera ley, se trataría de un reenvío de segundo grado<sup>509</sup>. Ambas opciones quedarían excluidas del precepto.

La razón favorable al reenvío consiste en que se respeta el Derecho extranjero hasta tal punto, que el juez intenta resolver el caso como si fuera juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable tiene que resolver el asunto conforme a otro Derecho, preferentemente el propio, por la acción de esta institución. Para sus defensores se trata de un instrumento cuya misión es coadyuvar en la búsqueda de la legislación que ha de regular una determinada situación privada internacional, pero en muchos casos lejos de cumplir con esta misión, puede complicar la tarea de los jueces y dar lugar a soluciones imprevisibles e injustas.

No obstante nos hallamos ante una técnica formalista que apenas se justifica en la comodidad o interés de facilitar una aplicación preferente de la ley foro, aun cuando haya que traicionar el propio sentido de sus normas de conflicto (*vid supra*, **art. 64**). Si lo que se quiere es aplicar la *lex fori* resulta mucho más correcto utilizar otras técnicas, como *v.gr.* las contenidas en el **art. 69** y expresar sin ambages esta preferencia. Si ya la respuesta a la norma de conflicto del foro crea incertidumbre a la hora de la determinación de la ley sustantiva aplicable esa

---

<sup>508</sup> CONC.: Art. 6 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 14 Ley DIPr suiza; art. 3080 (Cc Quebec); art. 13 Ley DIPr italiana; art. 6 Código DIPr panameño; art. 5 Ley DIPr austriaca; art. 10 Proyecto argentino; art. 63 Proyecto dominicano; art. 5 Proyecto boliviano; art. 12 Proyecto uruguayo; art. 6 Proyecto colombiano.

<sup>509</sup> Un supuesto excepcional de reenvío de segundo grado se encuentra asimismo en el art. 21 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 en materia de protección de menores que obliga, dentro del área OHADAC únicamente a la República Dominicana.

incertidumbre se multiplica tras la puesta en marcha de la la norma de conflicto extranjera. Y a ello puede agregarse que la norma de conflicto de leyes que pone en marcha el mecanismo del Derecho aplicable es una norma de conflicto del foro y no una norma de conflicto extranjera<sup>510</sup>. No puede extrañar que ya en 1900 una institución del prestigio del *Institut de Droit International* ya expresase en su sesión de Neuchâtel de 1900 que cuando la ley de un Estado regule un conflicto de leyes en materia de Derecho privado, es deseable que designe la disposición misma que debe ser aplicada en cada materia y no la disposición extranjera sobre el conflicto de que se trata.

**392.** En las modernas legislaciones de DIPr, señaladamente en el marco de la Unión Europea<sup>511</sup>, la exclusión es expresa como también lo es, en América latina, en la Convención CIDIP sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, cuyo art. 11 dispone que “Para los efectos de esta Convención se entenderá por “Derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”<sup>512</sup>. En muchos textos convencionales es implícita la aplicación del Derecho material extranjero, con exclusión de las normas de DIPr, bien porque se refieren a la “ley interna”, bien porque suelen prever que la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto previstas en el mismo “sólo podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público”. *A sensu contrario*, no será posible inaplicar la ley designada por el Convenio en virtud de otros correctivos funcionales, tales como el reenvío. A mayor abundamiento la Convención CIDIP sobre normas generales de 1979 guarda silencio sobre la institución estudiada. Por último cabe apuntar que ya hay legislaciones nacionales que excluyen en reenvío. Tal es el caso del art. 2048 Cc peruano o del art. 16 del Código DIPr belga de 2004, “a reserva de disposiciones particulares tales como sucesiones inmobiliarias (art. 78.2º) o personas jurídicas (art. 110). La eliminación de esta institución únicamente puede explicarse por el papel relevante que se ha conferido a la residencia habitual.

---

<sup>510</sup> R. Dávalos Fernández, “La aplicación del Derecho extranjero”, *Revista Jurídica. Ministerio de Justicia*, La Habana, nº 12, julio / septiembre, p. 32.

<sup>511</sup> Esta opción se puso en marcha con en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, toda vez que este texto internacional excluyó cualquier posibilidad de reenvío al establecer su art. 15 que cuando sus normas prescriban “la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado”. De igual modo han mantenido la exclusión el Reglamento Roma I para las obligaciones contractuales (art. 20), el Reglamento Roma II (art. 24) para las no contractuales, el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 12) y el Reglamento Roma III (art. 11) para la separación judicial y el divorcio. En contraste, y de forma más que discutible, el legislador europeo ha recuperado el reenvío en el art. 34 del Reglamento (UE) 650/2012 en materia de sucesiones.

<sup>512</sup> Esta Convención está en vigor en México y en Venezuela.

Ciertamente en muchos países de la zona OHADAC toda vía perdura la inclinación a incluir la técnica del reenvío pero más por inercias del pasado, muchas veces basadas en concepciones doctrinales periclitadas, que por otorgar una solución adecuada a las situaciones del tráfico externo, garantizando la seguridad jurídica<sup>513</sup>. Y en este punto no está de más recordar que el Código de Bustamante no reguló la institución<sup>514</sup> que ahora también se excluye.

**Art. 68. Orden público.** 1. No se aplica la ley extranjera si sus efectos son manifiestamente incompatibles con el orden público internacional. Dicha incompatibilidad se aprecia teniendo en cuenta la vinculación de la situación jurídica con el orden jurídico del foro y la gravedad del efecto que produciría la aplicación de semejante ley.

2. Admitida la incompatibilidad, se aplicará la ley señalada mediante otros criterios de conexión eventualmente previstos para la misma norma de conflicto y, si esto no es posible, se aplicará la ley caribeña.

3. A los efectos de los párrafos precedentes se entiende por orden público internacional el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico caribeño y que reflejan los valores de la sociedad en el momento de ser apreciado.

4. El orden público caribeño comprende las disposiciones o principios imperativos no derogables por la voluntad de las partes.

**393.** La norma incluye en su párrafo 3 una definición de “orden público” en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico

<sup>513</sup> Curiosamente con anterioridad a la promulgación del vigente Cc (Ley No. 59 de 1987), ni el Código Civil de 1889 ni el Código Bustamante incluían disposiciones en tal sentido. Dispone el art. 19 del Cc que “En caso de remisión a la ley extranjera que, a su vez, remita a la cubana, se aplica esta. Si la remisión es a la de otro Estado, el reenvío es admisible siempre que la aplicación de esa ley no constituya una violación de lo dispuesto en el art. 21. En este último caso, se aplica la ley cubana”. De esta redacción se desprende que el sistema cubano admite con carácter general el reenvío de retorno a la ley cubana con una fórmula tajante “se aplicará” en vez de expresiones de mayor ambigüedad como “se tendrá en cuenta” (art. 12.2º Cc español). También se desprende que el legislador cubano no ha podido desprenderse de la fascinación casuística del reenvío de segundo grado, auténtica reliquia histórica, aunque la admisión de la ley extranjera en este caso no debe contrariar el orden público del foro. Según el art. 4 Ley DIPr venezolana “Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado. / Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho. / En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto”.

<sup>514</sup> Bustamante era, al parecer enemigo declarado de la institución. Vid. J. Navarrete, *El reenvío en el Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 123; G. Parra Arangure, “El reenvío en el Derecho internacional privado venezolano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, nº 79, 1991, pp. 141–240, esp. pp. 144–145.

y que reflejan los valores esenciales presente en el Estado del foro en el momento en que debe ser apreciado<sup>515</sup>.

Con esta redacción se hace referencia a la denominada dimensión “negativa” del orden público, en tanto que la “positiva” se contempla en el **art. 69** del Proyecto. Se trata de un “correctivo funcional” frente al Derecho reclamado por la norma de conflicto, en virtud del cual, se elude la aplicación dicho Derecho si se aprecia que “sus efectos son manifiestamente incompatibles con el orden público internacional”.

Desde la perspectiva procesal, también podemos encontrar una dimensión negativa del orden público en el terreno del reconocimiento de decisiones y actos constituidos en el extranjero, impidiendo su eficacia en el foro cuando sean manifiestamente contrarios al mismo<sup>516</sup>. De conformidad con el **art. 74.1º, i)** del Proyecto, las resoluciones extranjeras no se reconocerán “si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público”.

**394.** La noción de orden público no presenta un carácter unívoco en el propio sector del Derecho aplicable<sup>517</sup>. Paralelamente a la distinción entre orden público interno (más amplio y operativo en las situaciones de tráfico interno) y orden público internacional (más reducido y de aplicación específica a las situaciones de tráfico externo) el grado de acción o intensidad de este correctivo presenta variaciones según la materia y el sector del Derecho considerado.

Esta distinción ha sido tradicional en el desarrollo doctrinal de la noción en la que orden público interno y orden público internacional se suelen representar como una figura de dos círculos concéntricos, correspondiendo el círculo interior al segundo, de suerte que la norma de orden público internacional se inserta dentro en el orden público interno pero no a la inversa. El espacio que se sitúa en la corona circular ofrece en el tráfico externo una nota de carácter dispositivo, en tanto que la autonomía de la voluntad en las situaciones de tráfico interno queda en el exterior de la circunferencia mayor. Frente a esta interpretación clásica se aboga en la actualidad por una división que tome como punto de referencia la inscripción del orden público internacional en un círculo que contenga una parte de Derecho material interno implica, en definitiva, su solapamiento con la noción de normas imperativas (**art. 69**); y, además, incurre en una imprecisión, por cuanto la expresión “orden público internacional” parece indicar una realidad enraizada en exigencias de la comunidad internacional y no el marco del “orden público interno”.

---

<sup>515</sup> CONC.: Art. 7 Anteproyecto de Libro de Derecho Internacional Privado del Cc de Puerto Rico; art. 7 Código DIPr panameño; art. 17 Ley DIPr suiza; art. 3081 (Cc Quebec); art. 16 Ley DIPr italiana; art. 21 Ley belga DIPr; art. 6 Ley DIPr austriaca; art. 7 Ley DIPr polaca; art. 12.3º Cc (España); art. 64 Proyecto dominicano; art. 14 Proyecto argentino; art. 6. b) Proyecto mexicano; art. 64 Proyecto dominicano; art. 11 Proyecto boliviano; art. 5 Proyecto uruguayo; art. 3 Proyecto colombiano.

<sup>516</sup> Nicaragua: Sentencia de 31 de octubre de 1977, *Boletín judicial*, p. 327.

<sup>517</sup> *Vid.* un planteamiento novedoso de la noción en P. de Vareilles-Sommières, “L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère”, *Recueil des cours*, vol. 371, 2015.

El ejemplo gráfico de los círculos concéntricos es operativo desde un doble punto de vista. En primer término, porque nada impide que en el círculo referido al orden público internacional se contengan principios de imperatividad absoluta extraídos bien de las disposiciones materiales internas o bien de los textos convencionales internacionales de aplicación en el foro. En segundo término, porque los principios que se sitúan en la corona circular pueden distinguirse, a su vez, tanto de las normas imperativas propias del DIPr como de la excepción de orden público internacional que se inscribe en el primer círculo.

**395.** La finalidad de este precepto es establecer un límite o excepción que el juez o autoridad del foro deberán observar con carácter general, cualquiera que sea la norma de conflicto multilateral que haya determinado la remisión al ordenamiento extranjero y el sistema jurídico de otro Estado que, consiguientemente, era aplicable al caso. Límite o excepción que el precepto no enuncia con un carácter absoluto pues se abstiene de utilizar términos tajantes como “en ningún caso de aplicará”, decantándose por la expresión “no se aplicará”, lo que permite el juego del denominado “efecto atenuado del orden público”. Esta solución, de amplio contenido en Europa<sup>518</sup>, está contenida en el 21 Cc cubano y el art. 15.II Cc para el Distrito federal de México<sup>519</sup>. También Venezuela se inclina por una posición restrictiva al apuntar el art. 8 de su Ley de DIPr de 1998 que serán excluidas las disposiciones del Derecho extranjero aplicable “cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”. Otros países del área OHADAC como Colombia, Nicaragua, la República Dominicana<sup>520</sup> o Panamá guardan silencio sobre esta institución.

El precepto se refiere a la fase final del proceso de aplicación de la norma de conflicto, una vez que ésta se ha remitido a un ordenamiento extranjero. Y contiene la respuesta jurídica a una cuestión específica que puede suscitarse en ese momento ante el juez o autoridad caribeña: la eventual contradicción de lo dispuesto por dicho ordenamiento con el “orden público” del foro. Respuesta que consiste, en esencia, en la no aplicación la ley extranjera que, en otro caso, debía servir de fundamento para decidir sobre las pretensiones de las partes.

---

<sup>518</sup> J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Art. 12.3<sup>o</sup>”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 894–926.

<sup>519</sup> En el art. 6.b) del Proyecto de Código Modelo de Derecho internacional privado se dispone que no se aplicará el Derecho extranjero “Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano. No obstante, podrá reconocerse atenuadamente en la medida en que produzca el reconocimiento de derechos sobre alimentos o sucesiones”. Art. 21 Cc de Cuba: “La ley extranjera no se aplica en la medida en que sus efectos sean contrarios a los principios del régimen político, social y económico de la República de Cuba”.

<sup>520</sup> El art. 64 del Proyecto dominicano incluye una redacción idéntica al precepto que se comenta.

**396.** Desde esta especial perspectiva, que presupone la puesta en marcha del método de atribución, el orden público ofrece en el DIPr de cada sistema estatal las siguientes *características*:

i) *Excepcionalidad*. La ley extranjera reclamada ha de implicar una contradicción “manifiesta” con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente una mera referencia de contenido. Por esa razón el precepto que se comenta incluye la expresión “manifiestamente incompatible” siguiendo el modelo de los Convenios de DIPr emanados de la Conferencia de La Haya<sup>521</sup> y de la CIDIP<sup>522</sup> que incorporan esta cláusula para mitigar el rigor de la norma. En definitiva, la ley extranjera ha de implicar una contradicción “manifiesta” con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente, como se ha indicado, una mera diferencia de contenido.

ii) *Territorialidad*. El orden público se caracteriza por la territorialidad; es decir, el rechazo del Derecho extranjero opera únicamente respecto al orden público del foro. Este es un punto de diferencia notable respecto de la dimensión positiva del orden público, en el sentido de permitir la aplicación de normas imperativas de la *lex causae* o incluso de las pertenecientes a un tercer ordenamiento.

iii) *Relatividad*. El orden público está impregnado de una nota de relatividad, que se manifiesta tanto en el tiempo, como en el espacio. Este último supuesto implica que la intervención del orden público depende en gran medida de la proximidad de la relación jurídica debatida con el foro; a mayor conexión, mayores posibilidades de actuación del orden público.

iv) *Temporalidad*. Por lo que respecta a la incidencia del factor tiempo en la configuración del orden público, la solución unánime es la de su apreciación por el juez en el momento presente; esto es, debe estarse a la “actualidad” del orden público<sup>523</sup>.

**397.** La referencia a la “ley extranjera” se define negativamente, por contraposición al ordenamiento del foro. De manera que la “ley extranjera”, en cuanto noción jurídica general,

---

<sup>521</sup> *V.gr.*, art. 11.1º de la Convención de La Haya de 2 de octubre de 1973 dispone que “La aplicación de la ley designada por el Convenio sólo podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público”.

<sup>522</sup> Según el art. 5 de la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado de 1979, “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público”. Dentro del área OHADAC la Convención ha sido suscrita por Colombia, México y Venezuela.

<sup>523</sup> *Vid.* M. de Ángulo Rodríguez, “Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l’ordre public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, pp. 369–399.

i) Comprende todas aquellas normas que no forman parte del referido ordenamiento del foro. El precepto alude al ordenamiento de un Estado extranjero, ya se trate del sistema jurídicamente unificado o el de un Estado en el que “coexisten diferentes sistemas legislativos” (*vid. infra. art. 70* del Proyecto) lo que excluye, es obvio, tanto las normas del Derecho internacional público, creadas por el consenso de los Estados, como, en principio, las de la llamada *lex mercatoria*, nacidas de usos y prácticas de los particulares en el comercio internacional.

ii) Resulta indiferente el rango de la ley extranjera –norma constitucional, ley ordinaria o norma infralegal– así como su naturaleza civil, mercantil, etc. Y, aunque el precepto se refiere a “la ley” extranjera y parece presuponer una norma escrita, su alcance real es más amplio, pues no cabe desconocer que en ciertos sistemas jurídicos la regulación de muchas materias es obra del Derecho consuetudinario y, en otros, el Derecho legal coexiste con un Derecho de creación judicial.

iii) Puede contemplarse desde una perspectiva más particular pues dentro de cualquier ordenamiento extranjero cabe distinguir dos grupos de normas: las normas de DIPr, con su función propia para la regulación de los conflictos de leyes (“normas de conflicto”) y, de otra parte, el grupo más extenso que comprende las restantes normas, de carácter material, civiles, mercantiles, etc., sin perjuicio de poder incluir también las normas procesales, pese a que se las califique de ordinario como adjetivas. De estos dos grupos, es el segundo el contemplado en el precepto y, por consiguiente, se refiere en particular, a la ley “material” extranjera. Esto es, a aquellas normas que en el sistema extranjero regulan sustantivamente la materia incluida en el supuesto de la norma de conflicto del foro –sucesiones, divorcio, donaciones, etcétera– con exclusión de las normas de DIPr de dicho sistema (*vid. infra, art. 67* del Proyecto).

iv) Ofrece un aspecto complementario pues la consecuencia negativa prevista en el precepto, sólo opera si el juez o autoridad caribeña ha constatado la existencia de una contradicción –cuyo alcance luego se precisará– entre la ley material extranjera y el orden público del foro. Lo que implica necesariamente no sólo que con anterioridad se ha determinado que un concreto ordenamiento extranjero es aplicable para resolver el caso, sino también que se ha establecido suficientemente, de conformidad con lo dispuesto por el precepto, la vigencia, el contenido sustantivo y la interpretación de la ley material extranjera aplicable (*vid. supra, arts. 63 y 64* del Proyecto). Pues sólo si el Tribunal o autoridad caribeña conoce suficientemente la ley extranjera podrá apreciar ulteriormente una eventual contradicción con el “orden público” del foro.

**398.** El precepto comentado, se refiere a la eventual contradicción de la ley material extranjera con el orden público, noción que constituye un “concepto jurídico indeterminado” por lo que las dificultades para el intérprete surgen al tratar de delimitar en qué consista tal noción. La interpretación entraña, al menos, dos opera-

ciones. En primer lugar, requiere precisar cuál es el significado del “orden público” en el ordenamiento del foro (i). En segundo término, es menester conocer cómo se lleva a cabo la apreciación de los dos elementos normativos en presencia, para establecer si la ley extranjera resulta o no contraria al “orden público” y, por tanto, procede su aplicación o inaplicación al caso (ii).

i) *El concepto de orden público.* No es privativo de la norma que se comenta, pues el legislador lo emplea también en muchas otras normas del ordenamiento caribeño que pertenecen a sectores muy diferentes de nuestro ordenamiento jurídico. Y aun si nos limitamos a las normas de DIPr la conclusión que se alcanza es la misma, ya que en sus diferentes dimensiones existen normas que también se refieren al “orden público”. Basta observar, en efecto, que si la misma expresión, el “orden público”, es empleada ampliamente por los legisladores estatales, sobre todo en el sector de las normas administrativas. Aquí en concreto el concepto se vincula con la protección de una situación social concreta, imprescindible en cualquier comunidad estatal: el orden y la paz pública. Por lo que desde una dimensión negativa se alude a la prevención y sanción de aquellos actos o conductas susceptibles de alterar el orden público. Dimensión ésta que lógicamente también encontramos en el sector de las normas penales. Bajo este significado, el orden público expresa una particular situación de paz social y de seguridad en una comunidad estatal. Esta situación o estado de la sociedad es la que permite tanto el normal desarrollo de la convivencia y de las actividades humanas como el normal funcionamiento de las instituciones y el ejercicio de los derechos por los particulares. Mas si se tiene en cuenta que esta situación de paz social y de seguridad pública se considera un bien jurídico o un valor jurídico de especial importancia para el propio ordenamiento estatal, no debe sorprender que sea objeto de especial protección por medio de normas administrativas y penales que previenen o sancionan aquellas conductas que puedan alterar o perturbar esta situación.

ii) *Orden público en sentido normativo.* Desde esta perspectiva el “orden público” constituye el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad. Si se quiere, el conjunto de concepciones fundamentales del Derecho que caracterizan, en un determinado momento histórico, a una comunidad estatal. Ahora bien, si estos valores jurídicos o concepciones fundamentales del Derecho constituyen los presupuestos que inspiran la totalidad del ordenamiento jurídico en una comunidad estatal, la consecuencia obligada es su carácter absolutamente obligatorio e inderogable para el propio ordenamiento. Y esta caracterización conduce a una consecuencia ulterior, no menos importante: en su significado normativo, el orden público no sólo posee una función positiva, como elemento inspirador de la totalidad del sistema. También, necesariamente, debe llevar a cabo una función excluyente o de signo negativo: la de impedir que tengan eficacia jurídica en la comunidad la costumbre o los usos y aquellos actos o negocios de los particulares, realizados en el ejercicio de su autonomía privada, que sean contrarios

a dichos valores jurídicos fundamentales. Y paralelamente, la de impedir que puedan integrarse en el ordenamiento estatal y, por tanto, que puedan tener eficacia jurídica, las normas, decisiones o sentencias extranjeras –esto es, creadas fuera del propio ordenamiento– que sean incompatibles con los principios o valores del ordenamiento en el que han de integrarse.

**399.** El precepto que se comenta, como se ha dicho, presupone una remisión a la ley extranjera, declarada aplicable por una norma de conflicto multilateral del foro (de las contenidas en la **Sección Primera, del Capítulo I del Título III** del Proyecto) y su finalidad es excluir la aplicación de la ley extranjera que resulte contraria al orden público. Ello implica una función de signo negativo o excluyente que se justifica por la protección de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento del foro. Y precisamente por su significado negativo o excluyente, puede considerarse que constituye el cauce jurídico de depuración de cualquier normatividad extranjera que atente contra dichos valores fundamentales, esto es, un filtro o una válvula de seguridad frente al Derecho extranjero. Pero debe subrayarse que si este precepto produce un efecto principal, la “depuración” del Derecho extranjero, a la luz de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento del foro, asegurando así su integridad y su coherencia interna, también nos indica, en contrapartida, cuál es el efecto ulterior de esta exclusión. En concreto el su párrafo segundo dispone que admitida la incompatibilidad, “se aplicará la ley señalada mediante otros criterios de conexión eventualmente previstos para la misma norma de conflicto y, si esto no es posible, se aplicará la ley caribeña”<sup>524</sup>.

**Art. 69. Disposiciones imperativas.** 1. Las disposiciones del Capítulo I del presente Título no restringirán la aplicación de las normas cuya observancia Caribe considere esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación.

2. Los tribunales caribeños pueden, si lo consideren pertinente, dar efecto a las disposiciones imperativas de otro Estado con el cual la relación jurídica tenga vínculos estrechos.

**400.** El denominado “aspecto positivo” del orden público se confunde con las denominadas normas materiales imperativas, siendo utilizado, junto a otros argumentos (seguridad nacional, economía nacional, etc.) como fundamento del empleo

<sup>524</sup> Vid. art. 16 Ley DIPr italiana de 1995 y los comentarios de B. Boschiero, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazional privato* (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1046–1062; vid. asimismo el art. 21.3º Código DIPr belga de 2004.

de normas sustantivas nacionales a una situación de tráfico privado externo<sup>525</sup>. Son llamadas normas de orden público, en el sentido de normas de Derecho interno de aplicación necesaria cualesquiera que sean los elementos extranjeros que pudieran existir en el supuesto a regular, que se regulan de manera autónoma en el presente precepto referido en el párrafo 1º a las normas imperativas del foro<sup>526</sup> y en el párrafo 2º a las normas imperativas extranjeras<sup>527</sup>.

Aun operando exclusivamente en el ámbito del “conflicto de leyes” o de la determinación del Derecho aplicable a las situaciones de tráfico externo, cabe preguntarse cuáles son las relaciones de la cláusula general de orden público del **art. 68** del Proyecto, con otras normas de un sistema estatal de DIPr que, por estar destinadas también a la protección de valores fundamentales del propio ordenamiento, son imperativamente aplicables a dichas situaciones por el juez del foro, cualquiera que sea la ley rectora del acto o contrato de los particulares. Esto es, las llamadas “normas de aplicación necesaria”, “normas de aplicación inmediata” o “normas materiales imperativas”. Dentro de las distintas dimensiones que el orden público ofrece en el DIPr, debe hacerse referencia ahora a dos muy concretas: de un lado, su empleo, junto con otros argumentos (seguridad nacional, economía nacional, etc.), como fundamento de la aplicación de normas sustantivas nacionales a una relación del tráfico externo; de otro, y más comúnmente, la noción de orden público se utiliza como correctivo funcional del método de atribución (**art. 68** del Proyecto). Sin embargo esta distinción que parece tan clara, no lo es en la jurisprudencia estatal por lo que se ha considerado conveniente incluir un artículo autónomo dedicado a la primera de estas dimensiones

Bien entendido que la cláusula general del **art. 68** opera únicamente una vez que se ha efectuado la remisión al Derecho extranjero de conformidad con lo dispuesto por una norma de conflicto multilateral caribeña. De manera que la norma que incluye esta cláusula general se vincula, exclusivamente, con dichas normas de conflicto multilaterales; estimándose por la doctrina que la intervención del “orden público” es un posible correctivo del “funcionamiento” de aquéllas dentro del proceso de aplicación por el juez o autoridad del foro. En cambio, las normas materiales imperativas para las situaciones de tráfico externo previstas en casa sistema estatal de DIPr deberán ser directamente aplicadas por el juez de dicho sistema, cualquiera que sea el ordenamiento que rija la situación; y, por tanto, con independencia de la ley designada por una norma de conflicto multilateral.

---

<sup>525</sup> CONC.: Arts. 18 y 19 Ley DIPr suiza; art. 3079 (Cc Quebec); art. 17 Ley DIPr italiana; art. 20 Ley belga DIPr; art. 8.2º Ley DIPr polaca; art. 15 Proyecto argentino; art. 13 Proyecto boliviano; art. 6 Proyecto uruguayo.

<sup>526</sup> Vid. art. 17 Ley DIPr italiana de 1995 y los comentarios de N. Boschiero, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazional privato* (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1062–1072.

<sup>527</sup> En un sentido similar se decantan los arts. 18 y 19 Ley DIPr suiza de 1987. Vid. B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2ª ed, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1997, pp. 36–50. Vid., asimismo, el art. 20 Código DIPr belga de 2004.

**401.** A partir de las corrientes centradas en el denominado “pluralismo metodológico”, en los últimos años se ha insistido en la revitalización del papel del foro y en las insuficiencias de método conflictual. Es evidente que en la hora actual, la protección del “orden interno” es uno de los deberes que los Estados deben cumplir con carácter prioritario, incluso en propio bien del “orden internacional”<sup>528</sup> y no puede desconocerse que en todos los sistemas estatales y, muy concretamente, en el sector relacionado con el Derecho de la familia o en el de la contratación existen cierto tipo de normas que se imponen con independencia de una eventual ley nacional o de la ley designada por las partes.

Este tipo de normas son calificadas por la doctrina con la expresión “normas materiales imperativas” o, más extensamente, “normas materiales imperativamente aplicables al tráfico externo”. Dicho concepto constituye una noción omnicompreensiva, que afecta o se refiere por igual a disposiciones de Derecho privado y de marcado carácter público, y que refleja, más que el propio contenido o función de la norma, su efecto o alcance: la elusión de la norma de conflicto.

Nos hallamos ante una serie de disposiciones de la ley del foro, tanto de Derecho público como de Derecho privado, cuyo interés para la sociedad estatal es demasiado relevante para que puedan entrar en concurrencia con las leyes extranjeras. Su ámbito de aplicación se determina, en consecuencia, teniendo en cuenta, fundamentalmente, el fin que persiguen, y su aplicación se suele calificar de “inmediata” o de “necesaria”, porque operan, en principio, al margen del procedimiento de atribución. Lo que importa en estas normas no es el grado de permisividad o de prohibición que contienen, sino el elemento de organización estatal que reflejan; dicha organización debe quedar seriamente afectada en virtud del intrusismo de la ley extranjera y ello justifica que su aplicación sea “normal”, es decir, que no presenta como una excepción a la aplicación de las normas extranjeras<sup>529</sup>.

**402.** En atención a tales circunstancias, es preciso delimitar las especies o subespecies que se inducen del conjunto de normas materiales del foro imperativamente aplicables a supuestos de tráfico externo<sup>530</sup>:

i) En primer lugar, cabe hacer referencia a las llamadas “leyes de policía y seguridad” y “leyes de orden público” que responden a la necesidad de un tratamiento uniforme tanto de las situaciones internas como internacionales conectadas con el territorio del foro. La imperatividad de estas normas se sustenta en la satisfacción

---

<sup>528</sup> Vid. P. Francescakis, “Quelques précisions sur des lois d’application immédiate et ses relations avec les règles des conflits des lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1–18; *id.*, “Lois d’application immédiate et règles de conflit”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1967, pp. 691–698.

<sup>529</sup> P.A. De Miguel Asensio, “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857–2882.

<sup>530</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Madrid, Civitas–Thomson–Reuters, 2013, pp. 134–136.

de intereses colectivos que explican el carácter de Derecho público de las disposiciones calificadas como tales: Derecho penal, Derecho procesal, Derecho económico, etc. El creciente intervencionismo del Estado en materias tradicionalmente sujetas al Derecho privado por su vinculación con la protección de intereses individuales ha dado lugar a una extensión funcional del ámbito de acción de las leyes de policía, cuyo paradigma es el amplio campo de actuación que ofrece en nuestros días el denominado “orden público económico”. Ello hace que, en sectores tan variados como ciertas condiciones de contratación laboral o el Derecho de la competencia, las normas de orden público sean disposiciones comunitarias, cuya finalidad radica en un interés intracomunitario.

ii) En segundo lugar, no todas las normas materiales imperativas gozan del mismo grado de imperatividad. Su fuerza, determinante de su aplicación directa, depende del grado de conexión del supuesto con el foro. Si la vinculación del supuesto con el territorio español es mínima, de forma que la aplicación eventual de una ley extranjera no es susceptible de hacer peligrar el interés público que sustenta la norma material del foro, ésta carece de vocación para ser aplicada a los supuestos de tráfico externo o, en otros términos, una interpretación teleológica de la norma conduce a su inaplicación. Ahora bien, esta exigencia de vinculación con el foro no es extensible a toda norma material imperativa. Actúa con normalidad frente a las normas de policía u orden público económico. Es absurdo pretender aplicar las normas de protección del mercado español (precios máximos, reglas de competencia, protección de la propiedad industrial) a supuestos internacionales que no producen efectos en el mercado español. Sin embargo, podemos decir que existen normas materiales imperativas absolutas, esto es, cuya aplicación no puede hacerse depender del grado de vinculación del supuesto con el foro. Se trata de aquellas normas que garantizan el respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Un juez caribeño no puede dictar una decisión basándose en disposiciones contrarias a la igualdad de sexos, la libertad religiosa o la protección del menor, por poner sólo tres ejemplos.

iii) Por último, es de destacar la distinción entre normas materiales absoluta y relativamente imperativas. La imperatividad de estas últimas radica en la obtención de un resultado material favorable a determinadas personas o situaciones (consumidores, trabajadores, menores...). Su aplicación sólo se justifica, entonces, si la ley extranjera que designa la norma de conflicto no resulta tanto o más favorable que la ley caribeña a la consecución de dicho objetivo.

**403.** El intervencionismo del Estado en materias tradicionalmente sujetas al Derecho privado por su vinculación con la protección de los intereses individuales ha dado lugar a una extensión funcional del ámbito de aplicación de las leyes de policía, circunstancia que ha contribuido a difuminar los perfiles de la distinción entre

leyes de policía, normas materiales imperativas y orden público en sentido genérico.

En este contexto es menester referirse al denominado al “orden público económico”, concepto que, desde un punto de vista positivo, caracteriza gran parte de las normas materiales imperativas. Este principio presenta una gran importancia cuantitativa y cualitativa que, en el marco internacional, se traduce con carácter general en un mecanismo de defensa de las condiciones de mercado nacional y de la economía nacional en su conjunto. El tenor del Derecho de la competencia, de las condiciones generales de contratación, del consumo o de las situaciones concursales en el Derecho interno, puede rellenar el contenido de esta noción, permitiendo la elusión del Derecho extranjero que admita determinadas prácticas, derechos o cláusulas contractuales que afecten a las condiciones del mercado del Estado del foro.

Por definición, el orden público económico requiere, para actuar, una determinada conexión espacial del supuesto con el ordenamiento del foro, pues no tendría sentido utilizarlo si la aplicación de la ley extranjera no produce efectos nocivos en el mercado interior.

**404.** El párrafo 1º del precepto contempla la aplicación de las normas imperativas de la *lex fori*. No puede desconocerse que las normas de intervención del foro suelen contener un criterio de aplicación espacial, más o menos expreso, que refleja una cierta autolimitación en su aplicación, reducida a los supuestos en que queden afectados los intereses del mercado o la política económica del Estado donde radica el tribunal juzgador. Por otra parte, las normas imperativas no son necesariamente normas de Derecho nacional pues pueden emanar de otros sistemas estatales o proceder de un mecanismo de integración económica regional en sectores como la libre competencia o las normas de protección (del asegurado, del trabajador, del consumidor frente a cláusulas abusivas, etc.), cuya consideración, habida cuenta de su ámbito de aplicación no solo es factible, sino obligatoria.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, el párrafo 2º del precepto que se comenta pretende obtener una decisión efectiva en otros Estados, atenuando el factor de relatividad que introduce la variedad de reglas contradictorias según el foro en que se litigue, respetando las exigencias y los intereses de los Estados y sus políticas de intervención en materia contractual. Su antecedente directo es el art. 11.2º de la Convención CIDIP sobre ley aplicable a los contratos internacionales de 1994 según el cual, “Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”.

Este párrafo tiene en cuenta ciertos supuestos normas reguladoras materiales de carácter directo o imperativo en terceros países (es decir, normas no pertenecientes ni al foro ni a la ley del contrato designada por la norma de conflicto), en razón de la estrecha vinculación que tienen con la situación y la fuerza de su interés en hacer-

la efectiva. De este modo se consigue una solución uniforme, y por tanto efectiva, respetuosa de los intereses y objetivos de política legislativa que sean atendibles<sup>531</sup>.

La facultad de aplicación de las normas imperativas de tercer Estado debe tener en cuenta la naturaleza y objeto de tales disposiciones, así como las consecuencias previsibles de su aplicación o inaplicación. En la decisión de aplicar las normas imperativas de terceros Estados es fundamental identificar el valor de protección o interés público que subyace en la norma imperativa, pues solo cabe su aplicación cuando ese valor o finalidad sea reconocido como legítimo en el propio sistema jurídico del juez: protección del consumidor, de la libre competencia, del medio ambiente... En contrapartida, no es admisible la aplicación de normas de intervención que conculquen los valores expresados en el Derecho internacional económico o en el propio Derecho del foro, hecho que suele resultar relativamente habitual cuando se trata de normas de retorsión económica o que persiguen estrictamente la salvaguardia o protección económica del Estado al que pertenecen<sup>532</sup>. Más difícil resulta determinar en qué consisten las consecuencias de la aplicación que el juez debe ponderar. Ciertamente, las consecuencias sobre las partes contratantes no pueden tener una importancia absoluta, dado que la aplicación de dichas normas se fundamenta en un interés público que justifica el límite a la autonomía de la voluntad.

**Art. 70. Ordenamientos jurídicos plurilegislativos.** 1. Si en el ordenamiento del Estado designado por las disposiciones normativas de la presente ley coexisten más de un sistema normativo con competencia territorial o personal, la ley aplicable se determina según los criterios utilizados por aquel ordenamiento.

2. Si tales criterios no pueden ser individualizados, se aplica el sistema normativo con el cual el caso concreto presente el vínculo más estrecho.

**405.** Los Estados plurilegislativos se caracterizan por la existencia, dentro de su sistema jurídico, de una pluralidad de leyes o legislaciones susceptibles de regular una misma situación y de generar, en consecuencia, conflictos de leyes internos<sup>533</sup>.

<sup>531</sup> La aplicación de las normas imperativas de terceros Estados se contempla, como facultad, en el Reglamento Roma I (art. 9), que sin embargo ha procedido a una restricción importante respecto de su predecesor, el Convenio de Roma, al circunscribir dicha aplicación a las leyes del país de ejecución, lo que deja fuera algunos supuestos relevantes que pueden requerir la aplicación, por ejemplo, de la ley del mercado afectado por una medida antimonopolio o la ley del país de origen de un bien cultural ilegalmente exportado. La restricción trataba de salvar la menesterosa situación del más generoso art. 7.1º del Convenio de Roma, que había sido objeto de reserva por Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Portugal y el Reino Unido. Se trataba, especialmente, de incluir al Reino Unido en el Reglamento Roma I.

<sup>532</sup> *V.gr.*, Ley Torricelli o Ley Helms Burton en EE UU.

<sup>533</sup> CONC.: Art. 18 Ley DIPr italiana; art. 3077 (Cc Quebec); art. 9 Ley DIPr polaca; art. 12.5ª Cc (España); art. 65 Proyecto dominicano; art. 9 Proyecto argentino; art. 7 Proyecto mexicano; art. 3 Proyecto boliviano.

Dichos conflictos pueden producirse, en primer término, en el seno de Estados federales (EE UU, Australia, Canadá, México, Suiza, Yugoslavia, etc), pero también son propios de Estados unitarios con cierto grado de descentralización jurídica (Reino Unido o España). Asimismo, independientemente de la organización territorial del Estado, pueden existir sistemas plurilegislativos *ratione personae*, en virtud de las distintas legislaciones aplicables en razón de la cualidad religiosa, étnica o tribal del sujeto (Grecia, Argelia, Marruecos, Sudán, Egipto, Túnez, Indonesia, India, Pakistán, Siria, Irak, Jordania, Libia, Líbano, etc.). En todos estos casos, la remisión de una norma de conflicto del foro a la ley de un Estado plantea un problema de aplicación consistente en determinar, dentro de dicho Estado, qué Derecho material concreto, entre los distintos que coexisten, debe ser aplicado. Se trata del problema conocido como “remisión a un sistema plurilegislativo”.

Este problema debe ser diferenciado no obstante, de la solución de los conflictos de leyes internos dentro del marco de las relaciones jurídicas que no desbordan las fronteras de un Estado, esto es, que no presentan un carácter internacional. El problema de la remisión a un sistema plurilegislativo se refiere únicamente al problema suscitado en caso de conflictos de leyes internacionales, en que la remisión de la norma de conflicto del foro designa la aplicación de la ley de un Estado plurilegislativo. Dicho problema, por tanto, así como su solución, no deben confundirse con los problemas y soluciones particulares de los conflictos de leyes internos y que operan al margen del problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, por más que su solución pueda ser circunstancialmente idéntica.

**406.** Las soluciones legales al problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, en particular en lo que se refiere a la opción por una determinada técnica legislativa, depende en buena medida del tipo de conflicto de que se trate. A estos efectos, se suele distinguir entre conflictos de leyes interterritoriales o interlocales y conflictos de leyes interpersonales. En los conflictos de leyes interlocales, la pluralidad de leyes se fundamenta en la descentralización jurídica del Estado por razones territoriales (Estados federales, unitarios pero descentralizados o que mantienen temporalmente una pluralidad jurídica motivada por un cambio o anexión territorial); en los conflictos de leyes personales, la pluralidad de leyes obedece a la presencia de distintos ordenamientos de base personal, en razón de la etnia, confesión religiosa o adscripción tribal del destinatario de la norma.

Otra clasificación de los supuestos de remisión a un sistema plurilegislativo distingue entre remisión *ad extra* o *ad intra*<sup>534</sup>. El primer caso constituye el supuesto habitual y abarca todos los supuestos en que la norma de conflicto remite a un sistema plurilegislativo, sea extranjero o el propio sistema del foro, siendo necesario determinar dentro de él el Derecho particular aplicable. El supuesto especial de la remisión *ad intra* se produce en virtud de una combinación del supuesto de la remi-

---

<sup>534</sup> M.P. Andrés Sáenz de Santa María, “El art. 12.5º del C.c. y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXVII, 1978, pp. 72 ss.

sión a un sistema plurilegislativo y de la actuación del reenvío. Se trata del caso en que la norma de conflicto del foro remite a un Derecho extranjero, cuya norma de conflicto determina la competencia del ordenamiento del foro, siendo éste último un sistema plurilegislativo.

**407.** Las diversas soluciones que pueden darse a la remisión a un sistema plurilegislativo han sido analizadas por la doctrina utilizando una terminología muy variada<sup>535</sup>. Básicamente, se barajan dos sistemas para solucionar el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo.

i) La remisión directa, permite utilizar las conexiones de la norma de conflicto para identificar directamente la legislación local aplicable al supuesto litigioso, presumiendo que la conexión designa directamente no la ley de un Estado, sino la ley del territorio concreto de ese Estado. Este sistema presenta dos límites. En primer lugar, sólo es operativo cuando se trata de conexiones de carácter territorial (lugar de situación de un bien o de celebración de un contrato, residencia o domicilio de las partes, etc), resultando inviable cuando la norma de conflicto contiene un punto de conexión estrictamente personal (*v.gr.*, el domicilio o la residencia habitual), que facilita la localización territorial del supuesto dentro del sistema plurilegislativo. En segundo lugar, aún cuando se trate de conexiones territoriales, el método de remisión directa es inapropiado en caso de remisión a un sistema plurilegislativo de base personal, en cuyo caso el mandato de aplicación de la ley local interna no es apropiado ni suficiente para resolver un conflicto de leyes interpersonal, cuyo origen no se encuentra en la necesidad de aplicar una ley distinta por razón del territorio, sino en la pluralidad de leyes motivada por la distinta cualidad del sujeto.

ii) La remisión indirecta, por el contrario, prevé una solución mediata al problema de la remisión a un sistema plurilegislativo. Así, si la norma de conflicto remite a un Estado plurilegislativo, la legislación local o personal concreta que debe ser aplicada vendrá designada por las propias normas sobre conflictos internos de dicho Estado. La acotación de la ley aplicable, implica, en este sistema, una doble operación jurídica: en primer lugar, la designación por la norma de conflicto del foro de un Estado plurilegislativo; en segundo término, la consulta de las normas sobre conflictos internos en dicho Estado para hallar el Derecho material finalmente aplicable.

**408.** Este último es el sistema seguido por el precepto que ahora se examina<sup>536</sup>. La remisión indirecta se presenta como una solución muy apropiada para resolver la

---

<sup>535</sup> S.A. Sánchez Lorenzo, "Art. 12.5<sup>º</sup>", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 943-973

<sup>536</sup> Que reproduce el art. 18 Ley DIPr italiano de 1995. *Vid.* G. Conetti, en *Legge 31 maggio 1995, N. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internanazionale privato* (a cura di S. Batiatti), Milán, Cedam, 1996, pp. 1072-1075. Dicha redacción figura también en el art. 7 del Código modelo de Derecho internacio-

remisión a un sistema plurilegislativo de base personal, así como para la remisión a un sistema plurilegislativo de base territorial operada a través de la conexión.

Para el caso de que en el Estado plurilegislativo no existan normas expresas sobre la solución de conflictos de leyes internos, en cuyo caso, se hace preciso cubrir la laguna a partir de conexiones subsidiarias y la solución que el precepto aporta, siguiendo las soluciones adoptadas en el Derecho comparado y en el Derecho convencional es utilizar una conexión de cierre con ánimo de generalidad, la aplicación de la ley que presente un vínculo más estrecho con el supuesto o las partes implicadas<sup>537</sup>.

El precepto establece un sistema de remisión indirecta de alcance general, con los inconvenientes ya señalados si el sistema plurilegislativo reclamado carezca de normas expresas para resolver los conflictos interlocales o interpersonales internos, o bien sus normas no puedan ser aplicadas por falta de prueba suficiente o por conducir a un resultado manifiestamente contrario al fin o resultado material perseguido por la norma de conflicto, cuando ésta se halla materialmente orientada. En tales casos, se impone arbitrar una solución subsidiaria. Debe descartarse, *a priori*, la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, al menos cuando sea posible, en virtud de la analogía, hallar una solución alternativa que respete tanto los criterios materiales del sistema conflictual del foro, como la aplicación integral del Derecho material extranjero.

Al operarse en el Proyecto la remisión a un sistema plurilegislativo de base territorial a partir de una conexión distinta a la nacionalidad, la solución en tales supuestos se nos antoja más sencilla, toda vez que el sistema de remisión indirecta puede ser sustituido perfectamente por un sistema de remisión directa, ya que las conexiones territoriales establecidas en nuestras normas de conflicto permitirían identificar inmediatamente la ley local aplicable dentro del sistema extranjero. En estos casos, la aplicación por analogía de las conexiones de nuestro sistema de forma directa

---

nal privado mexicano y el art. 65 del Anteproyecto de Ley DIPr de la República Dominicana de 2013. Vid. igualmente el art. 17 Código DIPr belga de 2004.

<sup>537</sup> La remisión directa, como técnica para resolver el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, se contempla en el Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, y en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. El sistema de remisión directa es perfectamente apropiado a la naturaleza patrimonial de la materia regulada, dado que excluye la posibilidad de conflictos interpersonales, ciñéndose, obviamente, a la eventualidad de remisión a un sistema plurilegislativo de base territorial. La técnica de la remisión indirecta se utiliza, en contrapartida, en el art. 16 del convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, al prever que “cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, en materia de obligaciones alimenticias, tenga dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal – como pueden ser los supuestos en los que se hace referencia a la ley de la residencia habitual del acreedor o del deudor o a la ley nacional común –, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor de dicho Estado o, en su defecto, el sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados.

parece la única razonable, o al menos más razonable que la alternativa de recurrir indiscriminadamente a la *lex fori*, ya que la conexión prevista en nuestras normas de conflicto se presume designan el Derecho que estimamos o más vinculado formalmente al caso por criterios de proximidad, o más apto para regularlo en virtud de un criterio material.

**Art. 71. Derechos adquiridos.** Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en Caribe, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

**409.** Las cuestiones propias del Derecho aplicable se suscitan, por lo general, en el ámbito del nacimiento, ejercicio y extinción de los derechos, sin embargo, cuando nos situamos ante la cuestión de los derechos adquiridos la perspectiva cambia pues se suscita en una etapa ulterior planteándose, más que un problema de Derecho aplicable, uno relativo al ámbito de vigencia extraterritorial de dichos derechos, en concreto, a su eficacia en Estados distintos a donde dichos derechos se constituyeron<sup>538</sup>. La realización de la justicia en el ámbito del tráfico jurídico externo ha justificado tradicionalmente su reconocimiento siempre que concurren dos circunstancias: ley aplicable y eficacia extraterritorial. En primer lugar, que el derecho debe ser adquirido de acuerdo con la ley designada por la norma de conflicto del foro y, en segundo lugar, que dicho derecho se haya generado de conformidad con dicha ley<sup>539</sup>. Semejante reconocimiento encuentra, sin embargo, ciertas excepciones entre las que se señalan la inexistencia de la institución que ha producido tales derechos en el país en que se invocan y que éstos sean contrarios al orden público. Se apunta también como motivo de excepción, que los derechos se hayan adquirido en el extranjero en fraude a la ley, esto es, en fraude a la ley extranjera, lo que conduce de nuevo a la contrariedad de tal adquisición con el orden público del foro<sup>540</sup>.

La institución estudiada es relevante cuando se admite que un derecho puede ser adquirido válidamente conforme a una legislación distinta de la normalmente aplicable o bien, cuando la *lex fori* ha construido una norma de conflicto especial con el único propósito de facilitar el reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero; así concebida, puede ser utilizada como fundamento para admitir una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro. En otras palabras, la admisión de las situaciones jurídicas, una vez que han sido válidamente creadas en un Estado de acuerdo con sus leyes se justifica en que los derechos así creados no

<sup>538</sup> CONC.: Art. 13 Proyecto argentino; art. 9 Proyecto uruguayo.

<sup>539</sup> H. Somerville Seen, *Uniformidad del derecho internacional privado convencional americano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965, pp. 170 ss.

<sup>540</sup> A. Ferrer Correia, "La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales", *Multitudo legum ius unum: Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. vol. II*, Berlín, Inter Recht, 1973, pp. 285-320

deben ser disminuidos ni desconocidos por el hecho de que, en función del desplazamiento transnacional de dichas situaciones, éstas sean sometidas a un ordenamiento jurídico de un Estado distinto de aquel cuya legislación presidió su nacimiento. Con ello se pretende garantizar la continuidad de estas situaciones jurídicas en el espacio.

**410.** El elemento espacial que caracteriza la excepción de orden público se combina con el elemento temporal en el tratamiento de los derechos adquiridos. Teóricamente, las situaciones ya consolidadas al amparo de un sistema extranjero, fruto del efecto inmediato de dicho ordenamiento, no muestran la misma vulnerabilidad frente a la excepción de orden público (**art. 68**) de aquellas situaciones que, aún originadas bajo el imperio de la ley extranjera, continúan desplegando sus efectos al entrar en contacto con el foro. Las relaciones jurídicas que no presentan un carácter durable, es decir, que se consolidan en un lapso de tiempo determinado (transmisión de la propiedad, validez del acto de adopción, etcétera...) suelen eludir la excepción de orden público en base a razones de índole tanto técnica como funcional. Y esta elusión opera tanto desde una perspectiva formal, dado que al momento de consolidarse faltaba la conexión espacial con el foro, como desde un plano funcional, porque una solución distinta iría en contra de la mínima seguridad jurídica deseable en el orden internacional.

No debe olvidarse, sin embargo, que el presunto carácter retroactivo del orden público frente a los derechos adquiridos ha servido para articular por parte de la doctrina una solución al “conflicto móvil” favorable a la aplicación de la última ley. A este respecto el DIPr comparado ha ofrecido ejemplos históricos particularmente ilustrativos de una aplicación retroactiva del orden público en detrimento de los derechos adquiridos. Aun así resulta aconsejable evitar una aplicación del correctivo frente a aquellos derechos adquiridos al amparo de un ordenamiento extranjero que, en el momento de consolidarse, no presentaban una conexión suficiente con el ordenamiento del foro. Ello no es óbice para anteponer la excepción de orden público ante aquellos efectos derivados de dicha relación jurídica que continúan desplegando sus efectos en el tiempo y son susceptibles de entrar en contacto con el sistema del foro, vulnerando los principios que informan el orden público internacional.

**411.** Originada en la jurisprudencia británica de principios del siglo XIX, no es frecuente encontrar una respuesta a la cuestión que estamos examinando en los sistemas estatales del área OHADAC, con la excepción de la Ley DIPr de Venezuela<sup>541</sup> o del Código civil de México<sup>542</sup>, pero ha sido incorporada en otros sistemas<sup>543</sup>

---

<sup>541</sup> Art. 5 LDIPr Venezuela: “Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”.

y en la codificación interamericana al considerarse que es esencial no sólo para la flexibilización del método conflictual, sino también para la consecución de los fines de éste.

i) En un primer momento el Código Bustamante se ocupó de la cuestión al establecer su art. 8 que “Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional”. Según esta redacción el reconocimiento de los derechos adquiridos al amparo de un Derecho extranjero, constituye la regla y su excepción remite a aquellos casos donde tal admisión podría violar flagrantemente principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado contratante involucrado. Numerosas han sido las críticas a semejante planteamiento, base señalar que excluye el reconocimiento con arreglo a la legislación competente si con esto se lesiona el orden público internacional establecido por el Derecho sustantivo del foro, cerrando así todas las dificultades que pudieran surgir del concepto de los derechos adquiridos<sup>544</sup>.

ii) No sin un amplio debate el art. 7 de la Convención CIDIP sobre normas generales de 1979 quedó redactado de la siguiente forma “Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte, de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás

---

<sup>542</sup> Art. 13.I Código Civil para el Distrito Federal en Materia común y para toda La Republica en Materia Federal (México): “Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la Republica o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas”. Para L. Pereznieta el término “válidamente” es un calificativo de acuerdo con el cual el juez del foro, después de efectuar la remisión al Derecho extranjero, tiene que decidir la situación fue creada conforme a la ley extranjera, agregando además que los márgenes para determinar la validez o no de la misma deben buscarse en la jurisprudencia que es la que finalmente da la respuesta a futuro (*Derecho internacional privado. Parte general*, 8ª ed., México, Oxford University Press, 2008, pp. 289–290). *Vid.*, asimismo, V. García Moreno, “Reforma de 1988 a la legislación mexicana en materia de Derecho internacional privado”, *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Haroldo Valladao*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, 1997, pp. 194 ss. En la Decisión del 12 de junio de 2001, Tesis 1.3º.C.262C en materia Civil respecto a un Amparo Directo 389, el tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, decidió que la validez de un acto jurídico para que surta efectos en México, debe analizarse conforme a la ley del lugar de celebración y, fundamentó su decisión en la fracción I del art. 13 del Código Civil Federal considerando como presupuesto esencial que las situaciones jurídicas válidamente creadas para que surtan efectos en México, deben atenderse combinando esta fracción I con la fracción V del mismo artículo, ya que debe combinando esta fracción I con la fracción V del mismo artículo (“Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regiran por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado validamente la aplicabilidad de otro Derecho”), ya que debe analizarse si el acto jurídico que produjo la creación de las mismas fue válido conforme a ese Derecho extranjero.

<sup>543</sup> *V.gr.* art. 2050 Cc peruano; art. 7 Ley Federal Austriaca de Derecho internacional privado del 15 de junio de 1978. el art. 66 Proyecto dominicano incluye un texto idéntico al del precepto comentado.

<sup>544</sup> J. Samtleben, *Derecho internacional privado en América latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. I. *Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 205.

Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público”. Dicha redacción supone una evidente mejora del texto del art. 8 del Código Bustamante al reconocer los derechos adquiridos de conformidad acuerdo con todas las “leyes” competentes; lo que constituye una interpretación más liberal, que se adecúa mejor a los fines del DIPr. Dicha norma tuvo, además, la virtud de sustituir la controvertida expresión “derechos adquiridos”, por la de “situaciones jurídicas válidamente creadas”, siendo ésta última más amplia al abarcar un conjunto de situaciones distintas a los derechos propiamente dichos. Su contenido no supone menoscabo de los intereses del foro, que quedan resguardados con la inclusión expresa de dos excepciones: que las situaciones tengan una conexión al momento de su creación con el ordenamiento donde se han constituido y su no contrariedad a los principios de su orden público<sup>545</sup>.

**412.** El precepto comentando reúne los requisitos de precisión conceptual y terminológica imprescindibles para otorgar seguridad jurídica por lo que puede ser considerado como una aportación esencial al proceso de unificación convencional del DIPr hemisférico<sup>546</sup>, por eso con similares propósitos incorpora el texto del art. 7 de la Convención de la CIDIP sobre normas generales de 1979. La solución adoptada consiste pues en aplicar la ley declarada competente por todos los ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto de hecho entre otras normativas. Como puede observarse la terminología de los “derechos adquiridos” ha sido superada por el empleo del término “situaciones jurídicas válidamente creadas”, originada por la necesidad de incluir no sólo los actos jurídicos sino también cualquier clase de hechos que produzcan consecuencias en el mundo del Derecho. Con ello se pretende que en las futuras interpretaciones del precepto pueda dar lugar a un efecto negativo para el normal funcionamiento de la norma de conflicto por un eventual rechazo al Derecho extranjero reclamado.

---

<sup>545</sup> Un trabajador presentó una demnada en Venezuela por diferencia en el pago de prestaciones por los servicios prestados en Argentina, Guatemala y Venezuela y su reclamación fue objeto de la sentencia nº 1633 de 14 de diciembre de 2004, con posterior declaratoria de 9 de agosto de 2005 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, considerándose que debía indemnizarse al trabajador de acuerdo a lo establecido en la legislación de cada uno de esos países, con fundamento en el art. 7 de la Convención CIDIP sobre normas generales de 1979. Asunto *Enrique Emilio Álvarez Centeno vs Abbott Laboratories, C.A y Otra*, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/agosto/1099-090805.htm>.30/08/2011.<http://www.tsj.gov.ve>.

<sup>546</sup> V.H. Guerra Hernández, “Derechos adquiridos”. *Ley DIPr comentada*, t. I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 232–233.

## TÍTULO IV

### EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

#### Capítulo I

#### Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

**Art. 72.** *Concepto de resolución.* Se entenderá por resolución cualquier decisión adoptada por un tribunal o autoridad equivalente de un Estado con independencia de la denominación que recibiere el procedimiento del que deriva la resolución o la resolución misma, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución.

**413.** Se incorpora una definición amplia y flexible de resolución, para hacer referencia a las diversas categorías de decisiones susceptibles de reconocimiento o ejecución en virtud de estas normas, que en principio incluye cualquier pronunciamiento sobre el fondo de un asunto, tanto condenas matrimoniales como decisiones de cualquier otro tipo. Por eso, en lugar del término sentencia se utiliza el de resolución, con una acepción jurídica menos precisa y capaz de englobar supuestos dispares. En todo caso, la definición debe combinarse con la existencia de restricciones específicas al reconocimiento y ejecución de algunas de esas resoluciones, así como con la circunstancia de que el alcance de ciertos controles puede variar en función de las características de las resoluciones. A esa misma orientación amplia obedece el empleo de la expresión “tribunal o autoridad equivalente”, de modo que comprende las decisiones de cualquier autoridad que tenga atribuidas funciones jurisdiccionales en materia de Derecho privado.

**414.** La definición de resolución utilizada a estos efectos se corresponde con el enfoque adoptado en los más modernos instrumentos internacionales de referencia en este sector. En este sentido, una definición similar puede encontrarse en el art. 4 del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro adoptado en el marco de la Conferencia de La Haya de DIPr, así como en el art. 23 del Anteproyecto de Convenio sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil de 30 octubre 1999, elaborado en el seno de la misma institución. El criterio que inspira estas normas es coincidente con el que prevalece en los instrumentos sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones adoptados en el seno de la Unión Europea, ya desde el Convenio de Bruselas de 1968, cuya formulación más reciente se encuentra actualmente recogida en el art. 2.a) Reglamento

1215/2012 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil o Reglamento Bruselas I (refundición).

Por el contrario, el enfoque adoptado difiere en parte del que inspira la Convención Interamericana de Montevideo sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 8 mayo 1979. Conforme a su art. 1, la Convención permite que los Estados limiten su aplicación a las sentencias de condena en materia patrimonial, al tiempo que sólo prevé que pueda aplicarse a las resoluciones que terminen el proceso y a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional cuando los Estados así lo declaren al momento de ratificarla.

**Art. 73. Reconocimiento y ejecución en general.** 1. Para que una resolución pueda ser reconocida, deberá tener en el Estado de origen el efecto cuyo reconocimiento se pretende en el Estado requerido.

2. Para que una resolución pueda ser ejecutada, deberá ser ejecutoria en el Estado de origen.

3. El reconocimiento o la ejecución podrán ser pospuestos o denegados si la resolución ha sido objeto de un recurso ordinario en el Estado de origen o si el plazo para interponerlo no hubiese expirado.

4. Cuando la resolución extranjera incluya partes que sean separables del resto, una o más de ellas serán susceptibles de ser reconocidas o ejecutadas por separado.

**415.** Para armonizar la necesidad práctica del reconocimiento de decisiones extranjeras con el principio formal de soberanía jurisdiccional, se han ido desglosando, históricamente, distintas teorías como la noción de *comity* o cortesía internacional, el principio del respeto a los derechos adquiridos como fundamento del reconocimiento de decisiones extranjeras o la de la incorporación del Derecho extranjero, a través de la integración de la sentencia extranjera como Derecho nacional. Sin perjuicio de la mayor o menor bondad de estas teorías el reconocimiento obedece a un fin práctico, el mismo que justifica la aplicación del Derecho extranjero pues si se llevara a las últimas consecuencias el principio de soberanía territorial del Estado, nunca surgiría la posibilidad de ejecutar o dar eficacia a sentencias no dictadas por sus tribunales lo que iría en contra de la realidad y vendría a suprimir el tráfico jurídico internacional y las relaciones jurídicas entre nacionales de distintos países<sup>547</sup>. Dicha finalidad práctica es la que justifica el fundamento general no sólo del DIPr en su conjunto sino, en particular, del sector del reconocimiento de decisiones extranjeras<sup>548</sup>.

<sup>547</sup> Art. 179 Ley DIPr panameña; art. 954 LEC/19881 (España); art. 64 Ley DIPr italiana.

<sup>548</sup> R. Arenas García, "Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento", *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 231-260.

El carácter extranjero de las decisiones debe ser entendido en un sentido excluyente referido a toda decisión dictada en el ejercicio de un poder jurisdiccional distinto al dominicano, se trate de un tribunal estatal o de una instancia internacional (*v.gr.*, un laudo procedente del CIADI). No cabe duda de que cada uno de estos supuestos conduce a distintos mecanismos de reconocimiento. Por otra parte, el término de decisión “extranjera” plantea problemas de delimitación respecto de los laudos arbitrales que, por su propia naturaleza, presentan un carácter transnacional, y que abren la posibilidad, sin duda de importantes consecuencias, de delimitar su origen extranjero con base en criterios muy dispares, como tendremos ocasión de ver. En suma, pese a que el término “decisión extranjera”, que sirve para delimitar inicialmente el objeto de reconocimiento, deba realizarse con un carácter excluyente, de hecho el análisis del problema toma principalmente como centro de atención el reconocimiento de las decisiones dictadas por órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero.

Resulta habitual identificar las nociones de “reconocimiento”, *execuátur* y “ejecución”<sup>549</sup>. Ello suscita dos problemas. De un lado, si se identifica el *execuátur* con el reconocimiento de decisiones, es lógico que se trate con carácter exclusivo el reconocimiento de decisiones judiciales firmes dictadas en procedimientos contenciosos, toda vez que el *execuátur* es el mecanismo previsto, en el Derecho común, para reconocer este tipo de decisiones. De otro lado, si se tiene presente que dicho procedimiento de *execuátur* se cifra preferentemente en el objetivo de lograr la fuerza ejecutiva de dichas decisiones, se comprende que sea éste el efecto que aca-para la atención. Todo ello decae si se demuestra convenientemente el sentido propio de cada una de las expresiones aludidas.

Debe insistirse en que la revisión de fondo es un principio antitético a la función del reconocimiento, que quedaría desvirtuado por un proceso de “interiorización” o “nostrificación”, y no de reconocimiento, inspirado este último en el postulado de la cooperación internacional y en la optimización de la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. Si, como condición de reconocimiento, la autoridad de origen ha de ser competente, el fondo de la decisión no debe ser revisado. La elusión de la revisión de fondo implica convertir al reconocimiento en un mero procedimiento de control formal u homologación, que impide volver a considerar los hechos y considerandos de la decisión extranjera, limitando las causas de denegación a las condiciones específicas del reconocimiento.

**416.** Inicialmente el reconocimiento hace referencia a la posibilidad de conseguir en el foro el efecto constitutivo, obligatorio o de cosa juzgada material, ejecutivo o registral, de una decisión extranjera. No todas las decisiones judiciales firmes dictadas en procedimientos contenciosos producen un efecto ejecutivo, dado que muchas de ellas presentan un carácter puramente constitutivo, en particular, las referidas a

---

<sup>549</sup> M. Requejo Isidro, “Sobre ejecución y *execuátur*”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1999, 5, D-236, pp. 1898-1901

la modificación, extinción o determinación del estado civil, que no precisan un ulterior procedimiento de ejecución. Pero tampoco son las sentencias firmes dictadas en un procedimiento contencioso las únicas capaces de generar un efecto ejecutivo, constitutivo o registral. Los laudos arbitrales, las transacciones judiciales, los actos de jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares o provisionales, o las propias sentencias no firmes, son otras tantas decisiones susceptibles de producir todos o algunos de los efectos citados y, consecuentemente, de provocar un problema de reconocimiento, pese a carecer bien de firmeza, bien de carácter contencioso o bien de la propia naturaleza de una sentencia<sup>550</sup>.

Para proceder a reconocer en el foro, en cada caso, el valor de cosa juzgada, la fuerza ejecutiva, el carácter constitutivo o la eficacia registral de cada una de estas decisiones se articulan una serie de mecanismos o tipos de reconocimiento. Para las decisiones judiciales firmes dictadas en procedimientos contenciosos, el procedimiento de execuátur es el mecanismo habitual que, seguramente, podrá extenderse a otro tipo de decisiones, pero dicho mecanismo no es un procedimiento de ejecución, ni tiene como fin único dotar de fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera. A través del procedimiento de execuátur: a) se procede a homologar la sentencia extranjera como título de ejecución (declaración de ejecutividad), no a ejecutarla, efecto que precisara de un nuevo procedimiento ante otra instancia; y, b) puede pretenderse exclusivamente el reconocimiento del efecto de cosa juzgada de una decisión extranjera que no precisa ejecución, o bien facilitar que la decisión se convierta en título para practicar la inscripción registral, de donde se infiere que tampoco es exclusivamente un procedimiento para dotar de ejecutividad a la sentencia extranjera.

#### 417. Son misiones del reconocimiento:

i) Procurar la *fuerza ejecutiva* en el foro de una sentencia extranjera, efecto característico de las sentencias de condena. Para conseguir dicho efecto, se plantean dos alternativas fundamentales: acudir directamente al procedimiento de ejecución, resultando competente para decidir el reconocimiento el mismo órgano que decide la ejecución, o bien, acudir a un procedimiento autónomo de execuátur, en el que se decide previamente el reconocimiento, creando un título de ejecución que puede utilizarse, posteriormente, en un procedimiento normal de ejecución

ii) Procurar en el foro la obligatoriedad o *efecto de cosa juzgada material* de la sentencia extranjera, en cuya virtud su contenido vincula a las autoridades y órganos jurisdiccionales del foro y se actúa el principio de *non bis in idem*, principio que impide no sólo la iniciación en el foro de un nuevo proceso con idénticas partes,

---

<sup>550</sup> J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Madrid: Civitas-Tomson-Reuters, 2013, pp. 1293 ss.

objeto y causa, sino también que se vuelva a suscitar como cuestión incidental en todo tipo de procesos.

iii) Lograr el *efecto registral* de las decisiones extranjeras, esto es el acceso al registro de la decisión extranjera como título para practicar la inscripción registral.

La decisión extranjera puede producir, como cualquier otro documento público extranjero, efectos probatorios al margen del reconocimiento, si cumplimenta las condiciones de legalización y de traducción<sup>551</sup>. En tanto que documento público, la sentencia extranjera puede ser utilizada, como elemento de prueba, en un proceso abierto en el foro, si bien en ningún caso el efecto probatorio cubre el fallo o parte dispositiva de la sentencia, sino, únicamente, los elementos de hecho que se consideren probados. Ello permite reconocer el efecto probatorio de una sentencia, aun cuando el efecto de cosa juzgada, ejecutivo o constitutivo de la misma no pudiese obtenerse, al incumplirse alguna de las condiciones que nuestro ordenamiento exige para su reconocimiento. No existe, evidentemente, inconveniente alguno en que la decisión extranjera, como documento público, sirva de elemento de prueba acerca de los hechos en ella dilucidados. Ahora bien ello excluye el efecto de cosa juzgada y el efecto ejecutivo de la decisión extranjera. Dicho en otros términos, el valor probatorio del documento público que sirve de sustrato a la sentencia extranjera permite, únicamente, su utilización como medio de prueba de los hechos relacionados. El fallo no puede, en consecuencia, ser utilizado para reconocer sus efectos de cosa juzgada, ejecutivo o constitutivo. Sin embargo, amparándose en los efectos probatorios de la sentencia extranjera, nuestra jurisprudencia ha procedido a reconocer incidentalmente el efecto de cosa juzgada o constitutivo del fallo de la decisión en cuestión.

**418.** El bloque fundamental del sector del reconocimiento se refiere a las decisiones judiciales extranjeras dictadas en procedimientos contenciosos y en materia de Derecho privado. Habitualmente, se constriñe la cuestión al reconocimiento de “sentencias firmes”. En la generalidad de los sistemas estatales se suele exigir el requisito de firmeza como condición para el reconocimiento de sentencias dictadas en procedimientos contenciosos, si bien existen, como veremos, excepciones notables. Por lo general el cauce normativo de la materia que estamos estudiando se incluye en tratados internacionales de carácter bilateral o en la legislación procesal interna.

Prácticamente ausentes los países de la zona OHADAC la primera opción, es necesario llenar estas carencias en la presente Ley Modelo.

---

<sup>551</sup> A. Borrás Rodríguez, “Eficacia ejecutiva internacional de los títulos extrajudiciales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n° 42, 2004, pp. 29–54.

**419.** El reconocimiento significa básicamente hacer posible que los efectos procesales (en especial, cosa juzgada material y eficacia constitutiva) de la decisión operen también en el Estado requerido, logrando su eficacia extraterritorial. Ha existido un significativo debate doctrinal acerca de conforme a qué ordenamiento se determina el alcance de los efectos de la decisión reconocida: el del Estado de origen (teoría de la extensión), el del Estado requerido (teoría de la equiparación), o una combinación de ambos (teoría de la acumulación). En la actualidad, la tendencia a matizar los planteamientos hace que el debate haya perdido intensidad y parte de su trascendencia, que se manifiesta sobre todo en relación con los límites de la cosa juzgada material.

En relación con el alcance del reconocimiento la cuestión fundamental es concretar los límites dentro de los cuales tiene lugar la extensión de los efectos que la resolución despliega en el Estado de origen. Con respecto a la ejecución, se impone el requisito adicional de que la resolución debe tener eficacia ejecutiva en el ordenamiento de origen.

El establecimiento de una regulación fuente interna y su adaptación a las exigencias actuales, de modo que garantice la coordinación con los compromisos asumidos en el marco de la cooperación internacional, debe tener presentes los condicionantes y objetivos propios de esta normativa, alejados del específico contexto al que responden los regímenes convencionales.

**420.** Los apartados 2 y 3 de esta norma reflejan cómo se ha optado por un modelo en el que no se limita con carácter general el reconocimiento y ejecución a las resoluciones firmes, si bien se contempla la posibilidad de denegación si la resolución ha sido objeto de un recurso ordinario en el Estado de origen o si el plazo para interponerlo no hubiese expirado.

La firmeza hace referencia a la noción de cosa juzgada en sentido formal, esto es, la impugnabilidad de la sentencia dentro de un mismo proceso. Establecido este límite, corresponde al Derecho procesal extranjero determinar cómo y en qué condiciones una decisión no es susceptible de ulterior impugnación o recurso en un mismo proceso. No debe utilizarse, pues, por analogía, los supuestos que en el ordenamiento dominicano producen el efecto de cosa juzgada formal. La prueba de la firmeza de la decisión se consigue a través de la aportación de la propia ejecutoria, o documento público en que se consigna la sentencia firme, de parte de quien requiere el reconocimiento, o bien mediante certificación o diligencia del Tribunal que ha dictado la sentencia; se ha admitido. Asimismo, el análisis de las cuestiones de reconocimiento se limita a las materias de Derecho privado, consecuentemente con una acotación funcional del contenido del DIPr lo circunscribe a las relaciones jurídico-privadas, esto es, civiles y mercantiles.

**421.** Se trata de un planteamiento que facilita avances en la regulación del régimen aplicable a determinadas categorías de resoluciones y actos, respecto de las

cuales predomina en algunos ordenamientos un criterio muy restrictivo. Así ocurre en relación con las resoluciones pertenecientes al ámbito de la jurisdicción voluntaria, el tratamiento de la eficacia transfronteriza de las medidas provisionales, los documentos públicos con fuerza ejecutiva y las transacciones judiciales.

El sistemático rechazo de la eficacia de las medidas provisionales no resulta apropiado a la luz de los intereses que justifican, al menos en situaciones específicas, la eficacia transfronteriza de tales resoluciones. La mera sustitución de la exigencia de firmeza por el requisito de que la resolución no sea susceptible de recurso ordinario hace posible la eficacia de las medidas provisionales que satisfagan ese requisito. El sistemático rechazo de las medidas provisionales daña intereses de gran relevancia, en particular, en el caso de medidas adoptadas en el marco de procesos matrimoniales –como sucede respecto de la custodia de los hijos o de las obligaciones alimenticias–, al tiempo que impide valorar adecuadamente la conveniencia de facilitar la eficacia de las medidas provisionales o cautelares acordadas por el tribunal que conoce de la cuestión principal.

**422.** El apartado 4 proclama un principio que goza de amplia aceptación en el panorama comparado, al establecer que las partes separables de una resolución extranjera serán susceptibles de ser reconocidas o ejecutadas por separado. Disposiciones similares se encuentran, entre otros instrumentos, en el art. 15 del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección del foro o en el art. 48 del Convenio de Lugano de 2007 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

**Art. 74.** *Causas de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones.*  
Las resoluciones extranjeras no se reconocerán:

- i) Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público.
- ii) Cuando la cédula de emplazamiento o documento equivalente no se hubiere entregado al demandado de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que el demandado hubiera comparecido sin impugnar la notificación en el tribunal de origen, siempre que la ley del Estado de origen permita que la notificación sea impugnada.
- iii) Si se hubieran desconocido las disposiciones establecidas en el art. 9 de la presente ley o si la competencia del tribunal extranjero no estuviera basada en alguno de los criterios establecidos en el Capítulo II de esta ley o en una conexión razonable de naturaleza equivalente.
- iv) si un procedimiento entre las mismas partes que tuviera el mismo objeto y la misma causa estuviera pendiente ante un tribunal caribeño, cuando este procedimiento haya sido el primero en ser iniciado,

v) si fueren inconciliables con una resolución dictada entre las mismas partes en Caribe.

vi) si fueren inconciliables con una resolución dictada en otro Estado entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Caribe y hubiere sido adoptada con anterioridad o su reconocimiento hubiera sido ya declarado en Caribe.

vii) si no reúnen los requisitos exigidos en el país en que ha sido dictada para ser considerada como auténtica y los que las leyes caribeñas requieren para su validez.

**423.** Los posibles motivos de denegación del reconocimiento y ejecución o, desde una perspectiva positiva, los controles a los que se subordina la eficacia de una resolución extranjera aparecen previstos con carácter exhaustivo en el texto de la ley. En consecuencia, no cabe denegar el reconocimiento con base en controles de la resolución extranjera diferentes de los previstos en el art. 74. Ello implica que no cabe la revisión de fondo de la resolución extranjera, así como que deben ser rechazados ciertos mecanismos tradicionalmente existentes en algunos ordenamientos, como el del control de la ley aplicada por el tribunal de origen o la reciprocidad<sup>552</sup>.

El rechazo de la reciprocidad se funda en su inadecuación con el fundamento del sistema de reconocimiento y ejecución en materia de Derecho privado. A diferencia de lo que puede suceder en la cooperación jurídica internacional en sectores de Derecho público, especialmente en el ámbito penal, el empleo de la reciprocidad como criterio general supone un menoscabo desproporcionado e irrazonable para los intereses privados, básicos en la regulación de la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia civil y mercantil, que tampoco viene exigido por los intereses estatales en presencia, ni parece justificar su eventual valor como instrumento de presión de las autoridades extranjeras. No sólo atenta contra la posición de los particulares afectados, sino que también resulta manifiestamente contrario al interés estatal en proporcionar tutela jurídica que garantice la certeza, evitando situaciones claudicantes. En consecuencia, el empleo de la reciprocidad en el marco del reconocimiento y ejecución de decisiones ha ido desapareciendo de los sistemas más avanzados en este ámbito.

**424.** Con el paso de los años cabe observar el desarrollo a escala internacional de un cierto consenso acerca de cuáles son las condiciones a las que resulta apropiado subordinar el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras. Componente esencial de todos los regímenes de reconocimiento es el control del orden público, cuyo contenido se vincula con la protección de los principios fundamenta-

---

<sup>552</sup> CONC.: Art. 27 DIPr suiza; art. 25 LDIPr belga; art. 954 LEC/1881 (España); art. 139 Proyecto boliviano.

les del ordenamiento del Estado requerido, por lo que típicamente presenta una estrecha conexión con los respectivos sistemas constitucionales.

En este ámbito, el orden público, que debe ser entendido como un mecanismo excepcional de interpretación restringida, opera en la medida en que los concretos efectos pretendidos de la resolución extranjera sean totalmente incompatibles con los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico del Estado requerido. De ahí la formulación restrictiva de este requisito, que en línea con lo que es ya una redacción de uso generalizado en los convenios internacionales y las legislaciones nacionales más avanzadas en esta materia, excluye el reconocimiento únicamente cuando sea “manifiestamente contrario al orden público”. Una formulación similar de este tipo de regla se encuentra, por ejemplo, en el art. 5.1º del Convenio de La Haya referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias de 1973, y en el art. 23.2º.d) del Convenio de La Haya en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños de 1996.

**425.** La autonomía del procedimiento de ejecución implica que en el mismo sólo pueden oponerse las excepciones que hacen referencia a las condiciones exigibles para el reconocimiento y no las dimanantes de la acción ejercida en el proceso principal llevado a cabo en el ordenamiento extranjero. Esta consecuencia de la autonomía del procedimiento no significa que se excluya radicalmente un eventual control en cuanto al fondo de la decisión extranjera. Dicho control de la decisión sólo se excluye si, efectivamente, también queda excluida en las excepciones y condiciones propias del procedimiento de ejecución, afirmación que no siempre es posible sostener. Dicho de otro modo, las propias condiciones del procedimiento autónomo de ejecución pueden implicar un control en cuanto al fondo.

Sentando esto, cabe referirse muy sucintamente a algunas cuestiones que suscita el procedimiento de reconocimiento de sentencias extranjeras:

i) *Respeto de los derechos de defensa de las partes.* Como condición del reconocimiento debe garantizarse el respeto de las garantías procesales y de defensa de las partes y la regularidad del procedimiento seguido en el extranjero. La justificación de ello es garantizar el principio de contradicción y la posibilidad de que el demandado haya podido defenderse efectivamente en el procedimiento abierto en el extranjero. Esta exigencia se circunscribe básicamente a la regularidad y suficiencia de la notificación de la demanda; pero, por esta razón, quedaría fuera de la condición todo supuesto de rebeldía culpable, estratégica o por conveniencia, consistente en la ausencia del demandado en el procedimiento de origen debida, no a un defecto o irregularidad en el emplazamiento, sino al propio desinterés del demandado<sup>553</sup>. Debería caber la posibilidad de que, en distintos casos, la rebeldía pueda ser sanada

---

<sup>553</sup> J.D. González Campos, “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 695–716.

a través de actos posteriores del demandado que revelen su voluntad de aceptar la decisión de cuya ejecución se trata. El origen judicial de la decisión extranjera, su carácter contencioso y, consecuentemente, los efectos ejecutivo y de cosa juzgada que lleva aparejados la sentencia firme, implican la necesidad de un control que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías de defensa.

ii) *Orden público*: El límite de orden público atiende a la protección de valores fundamentales de índole social o económica del foro, en un momento histórico determinado. La actualidad de este correctivo, al igual que en su operatividad frente a la ley extranjera, obliga a utilizarlo conforme a los valores presentes en el momento del reconocimiento, no en el de dictarse la sentencia extranjera<sup>554</sup>. En su vertiente económica, el orden público económico puede actuar para denegar el reconocimiento a decisiones extranjeras relativas a propiedad industrial, participación de sociedades, pago de divisas, etc.

iii) *Control de la ley aplicada por el juez de origen*: Esta condición consiste en supeditar el reconocimiento al hecho de que el tribunal extranjero haya aplicado al supuesto la misma ley que hubiese sido aplicada por los tribunales dominicanos, a menos que el resultado final coincida. La utilización de dicho control tiene una cierta acogida legal o jurisprudencial en diversos sistemas pero se trata de una condición sumamente restrictiva y recelosa, parece no compaginarse con el espíritu de cooperación que preside el régimen convencional de reconocimiento.

iv) *Autenticidad de la decisión*: La demostración de la autenticidad de la ejecutoria extranjera presentada al reconocimiento, y el cumplimiento de los requisitos de prueba que, en cuanto documento público, debe cumplimentar para hacer fe en la República Dominicana, constituyen una condición previa que, como es obvio, opere sea cual fuere el régimen del reconocimiento.

v) *Control de la competencia judicial internacional*: En cuanto tal, el control se circunscribe a la competencia general del tribunal extranjero que ha dictado la decisión, esto es, a su competencia para conocer de un supuesto de tráfico externo, sin que alcance al control de la competencia interna del Tribunal que, en concreto, haya dictado la resolución objeto de reconocimiento. La incompetencia judicial internacional del juez de origen tiene una importancia clave en la valoración de una posible rebeldía voluntaria del demandado, que resultaría, entonces, justificada. Dicha justificación se basa en la adecuada protección de la justicia procesal para el demandado; protección de las competencias exclusivas de los tribunales del foro y en la propia naturaleza del reconocimiento. El fundamento del control aboga por su

---

<sup>554</sup> S. Álvarez González, “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario”, *La Ley*, 2000, 6, D-179, pp. 2005-2009.

investigación de oficio o, cuando menos, por una participación activa del juez del ejecutivo frente al silencio de las partes en el procedimiento.

vi) *Ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente en el Estado requerido.* El reconocimiento de una decisión judicial extranjera no es posible si, con anterioridad a la solicitud del ejecutivo, existía ya en la República Dominicana una decisión firme sobre la misma causa, con las mismas partes e identidad de objeto, o sencillamente incompatible con la decisión extranjera. No se trata, estrictamente, de hacer valer el efecto de cosa juzgada de la decisión dominicana, toda vez que esta es una excepción que no tiene cabida en el procedimiento de ejecutivo, que es un mero procedimiento de homologación. La razón de ser de esta condición no es otra que el mantenimiento de la congruencia del sistema interno y su coherencia, frente a la pluralidad de soluciones que puede conllevar la sanción de un mismo hecho obtenida ante distintas jurisdicciones. Por esta razón, cabe insistir en que, para que exista contradicción, no es precisa una absoluta identidad de objeto, partes y causa entre ambos procesos, sino una simple incompatibilidad material. Esta excepción al reconocimiento también puede ponerse en marcha cuando no exista una decisión judicial firme en el Estado requerido, pero sí un proceso pendiente entre las mismas partes, con el mismo objeto y causa que el proceso que fue resuelto por la sentencia extranjera. En este caso, el criterio de la prioridad temporal puede tener cierta importancia.

vii) *Reconocimiento del efecto constitutivo de los actos de jurisdicción voluntaria.* Tomando en consideración la distinción de base efectuada en el epígrafe anterior, resulta que el problema fundamental se cifra en determinar el régimen de reconocimiento del efecto constitutivo de determinados actos de jurisdicción voluntaria. Los partidarios de una valoración material de la intervención de la autoridad, integrada en la norma material, no sólo niegan la necesidad de ejecutivo, sino también el propio problema de reconocimiento. A su juicio, la cuestión se reduce a determinar la ley aplicable a la constitución del acto, y en su planeamiento hay algo heredado de las críticas a las doctrinas de los derechos adquiridos. El uso de normas de Derecho aplicable no significa que nos encontremos ante una cuestión de Derecho aplicable. Estas normas pueden servir, asimismo, como normas de reconocimiento. De hecho, la utilización de las normas de Derecho aplicable para resolver los efectos de reconocimiento es extensible en determinados sistemas a las sentencias constitutivas, que de esta manera eluden los mecanismos normales de ejecutivo. De una manera sencilla, podría resumirse esta alternativa en una escueta máxima: “reconoceré a los actos de jurisdicción voluntaria los mismos efectos que les reconoce el ordenamiento jurídico competente que es designado por la norma sobre Derecho aplicable a esa misma institución”. La norma de Derecho aplicable es utilizada para localizar el ordenamiento jurídico competente que habrá de servir de referencia para

delimitar los efectos del acto en cuestión. La noción de “ordenamiento jurídico competente” es, por tanto, más amplia que la de “ley aplicable”<sup>555</sup>.

**426.** En la operatividad del orden público en el marco del reconocimiento y ejecución de decisiones desempeña un papel clave la dimensión procesal, que exige fundamentalmente valorar el respeto en el proceso de origen de las garantías que configuran el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectivo o derecho a un proceso justo. Se ha optado por seguir la tendencia frecuente en el panorama convencional y comparado de individualizar como condición del reconocimiento con autonomía (respecto del orden público) la exigencia de regularidad del emplazamiento del demandado, que asegure que las partes han sido notificadas del inicio del proceso y han dispuesto de tiempo suficiente para preparar la defensa de sus intereses, en especial cuando no han comparecido ante el tribunal.

Este requisito del reconocimiento aparece configurado de manera que se excluyendo su operatividad en los supuestos de rebeldía culpable o por mera conveniencia del demandado en el proceso de origen. El régimen así diseñado coincide sustancialmente con el establecido en la mayoría de los regímenes convencionales, tanto multilaterales como bilaterales, como ilustra, por ejemplo, el art. 9.c.i) del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005.

**427.** Pieza central del sistema establecido es el control de la competencia del tribunal de origen. Reflejo de la trascendencia de este control es la adopción en el contexto americano de la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, hecha en La Paz el 24 mayo 1984 en el marco de la CIDIP, si bien su contenido presenta significativas carencias. Tampoco resulta apropiado sobre este aspecto tomar como referencia el régimen establecido en el seno de la Unión Europea, en particular en el marco del Reglamento Bruselas I, pues este sólo se ocupa del reconocimiento recíproco de las decisiones judiciales, es decir, entre tribunales de Estados miembros, ámbito en el que prácticamente elimina este control en la fase de reconocimiento y ejecución, como consecuencia de la unificación de las reglas de competencia judicial internacional de los Estados miembros y el significado del principio de confianza comunitaria.

En este ámbito, la legislación comparada muestra la progresiva superación en las legislaciones nacionales de la mera técnica de la bilateralización de las reglas de competencia internacional establecidas en el sistema del foro, si bien cabe apreciar importantes diferencias en las legislaciones nacionales y los textos internacionales. Se ha optado por un modelo que refleja el criterio imperante de que el reconocimiento sólo debe ser denegado por la incompetencia del tribunal extranjero cuando se hayan vulnerado las competencias exclusivas de los tribunales del Estado reque-

---

<sup>555</sup> P.A. de Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997

rido, o la sumisión a éstos por las partes, y cuando no exista un vínculo de proximidad razonable entre el litigio y el tribunal que se pronunció sobre el mismo.

**428.** La necesidad de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico del Estado requerido impide que pueda reconocerse una resolución extranjera cuando es inconciliable con la eficacia de una decisión del foro o extranjera previamente reconocida en el foro. Se trata de un criterio ampliamente aceptado en los convenios internacionales y las legislaciones nacionales en esta materia. Representativos en este sentido son el art. 9.f) y g) del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, así como el art. 34.3 y 4 del Convenio de Lugano de 2007 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Entre las legislaciones nacionales, cabe señalar a modo de ejemplo el art. 27.2º de la Ley DIPr suiza de 1987, el art. 25.5 de la Ley DIPr belga de 2004, así como en EE UU la sección 4(c)(4) de la *Uniform Foreign –Country Money Judgments Recognition Act* de 2005.

Además, la normativa propuesta precisa el alcance como límite al reconocimiento de resoluciones extranjeras de la existencia en el foro de un proceso pendiente. A este respecto, cabe entender que la prevalencia incondicional de los procesos pendientes en el foro sobre las decisiones ya pronunciadas en el extranjero no es una solución apropiada y respetuosa con los intereses en presencia. Existen razones para limitar el alcance, como motivo de denegación del reconocimiento, de la existencia de un proceso que se tramita en el Estado requerido y que pueda dar lugar a una resolución inconciliable a las situaciones en las que el proceso se inició en el Estado requerido con anterioridad al que dio lugar a la decisión extranjera. Esta opción resulta sin duda más adecuada que un criterio más restrictivo que afirmara la prevalencia absoluta de los procedimientos tramitados en el Estado requerido, que facilitaría la puesta en marcha de estrategias obstaculizadoras del reconocimiento de resoluciones.

**429.** Cabe señalar que no procede añadir nuevas condiciones a las que contenidas en el presente precepto en particular, se mantiene la negativa al control de la ley aplicada en la decisión de origen con lo cual la norma es coherente con el papel asignado al control de la competencia del tribunal de origen y con la autonomía entre las normas de reconocimiento y las de ley aplicable y a la exigencia de falta de fraude en la misma.

**Art. 75. Procedimiento.** 1. Las resoluciones extranjeras serán reconocidas por ministerio de la ley y sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno. El reconocimiento puede ser solicitado de forma incidental, por vía de reconvención, reclamación contra coparte, o de defensa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, cualquier parte interesada podrá solicitar a la autoridad competente que decida sobre el reconocimiento o no recono-

cimiento de una resolución extranjera. En este caso el procedimiento de reconocimiento será el establecido por la legislación procesal para el execuátur.

3. Para el procedimiento de execuátur serán competentes los tribunales de primera instancia. La decisión del Tribunal de Primera Instancia será susceptible de apelación.

**430.** Esta norma parte de una clara diferenciación entre el reconocimiento, declaración de ejecutabilidad y la fase de ejecución en sentido propio. El reconocimiento hace referencia a la eficacia en el Estado requerido de los efectos procesales de las decisiones extranjeras. Es también posible que la decisión extranjera produzca ciertos efectos al margen del reconocimiento, como el probatorio u otros vinculados a los registros públicos. De otra parte, cabe que en el Estado requerido el ordenamiento jurídico establezca el reconocimiento de la resolución como presupuesto para que produzca ciertos efectos con independencia de los que tenga en el Estado de origen, en particular, en la medida en que el reconocimiento se exige para que pueda tener lugar su inscripción registral. Cuando se pretende hacer valer fuera del Estado de origen la eficacia ejecutiva de una resolución es necesario en todo caso obtener una declaración de ejecutabilidad (sólo después de obtenerla podrá procederse a la ejecución en sentido propio) a través del procedimiento de execuátur.

**431.** En el panorama comparado e internacional se observa una marcada tendencia a no subordinar en todo caso el reconocimiento de las resoluciones extranjeras a un procedimiento especial o execuátur, a diferencia de lo que sucede con respecto a la declaración de ejecutividad para la que tal procedimiento sí se considera necesario. La exigencia de ese procedimiento especial excluye la posibilidad de hacer valer directamente la eficacia procesal de una decisión extranjera ante una autoridad caribeña (en particular, invocando incidentalmente su existencia ante la autoridad judicial que tramita un proceso o acudiendo directamente al encargado del Registro si se pretende realizar una inscripción con base en la resolución).

Esta solución implica un importante menoscabo de la eficacia transfronteriza de las decisiones extranjeras, al exigir en todo caso la obtención de una declaración general de reconocimiento a través del procedimiento establecido para la tramitación de la declaración de ejecutabilidad. Ahora bien, existe una importante diferencia cualitativa entre los supuestos en los que se pretende hacer valer la eficacia ejecutiva de una decisión extranjera y el resto en los que se pretende sólo el reconocimiento de su eficacia procesal, típicamente de cosa juzgada material y constitutiva. Esa diferencia cualitativa está en el origen de que cuando se pretende hacer valer la eficacia ejecutiva de una decisión extranjera se exige en todo caso un procedimiento especial (execuátur), así como de que además de las condiciones que operan en el reconocimiento, se exija también como presupuesto la eficacia ejecutiva de la resolución en el Estado de origen.

**432.** La no exigencia con carácter general de un procedimiento especial de reconocimiento, que hace posible el llamado reconocimiento incidental (de la eficacia de cosa juzgada material o constitutiva), así como la invocación directa de las resoluciones extranjeras ante las autoridades (como el encargado del Registro en el que se pretende la inscripción) del Estado en el que se pretenden hacer valer se impone, entre otros motivos, al valorar no sólo las diferencias con las situaciones en las que se pretende la ejecución (o una declaración general de reconocimiento) en las que es siempre preciso el executur, sino como al analizar la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico al incremento de situaciones para las que es relevante el reconocimiento de las decisiones extranjeras.

**433.** La admisión del reconocimiento automático e incidental no excluye la conveniencia de hacer referencia a la necesidad de un procedimiento que haga posible obtener una declaración general de reconocimiento. En ocasiones, pese a ser posible el reconocimiento automático e incidental, existe un interés en obtener una declaración judicial de reconocimiento vinculante *erga omnes*, de modo que es necesario un procedimiento para tramitar esa declaración general de reconocimiento. En los regímenes que admiten el reconocimiento automático, es común que el mecanismo establecido para obtener la declaración de ejecutabilidad opere también para hacer posible la declaración general de reconocimiento. Esta solución conduce a la equiparación entre el procedimiento general de reconocimiento y el procedimiento de declaración de ejecutabilidad.

**434.** La norma presta también atención a la determinación de los órganos competentes para conocer del procedimiento de reconocimiento (declaración general de reconocimiento) y ejecución (declaración de ejecutabilidad) de las decisiones extranjeras, si bien parte de que la regulación del mismo debe tener lugar en seno de la legislación procesal. A favor de la descentralización de la competencia y de su atribución a los órganos que con carácter general conocen de asuntos en primera instancia cabe señalar que es el criterio más extendido en los instrumentos internacionales que prevén este aspecto, siendo además una solución coherente con la expansión de las situaciones en las que se plantea la eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales como consecuencia del incremento del tráfico jurídico – privado internacional. Razones de eficacia, de adecuación racional a las necesidades de la organización judicial y de las expectativas de los justiciables aconsejan la solución propuesta.

**Art. 76.** *Adopciones pronunciadas en el extranjero.* No se reconocerán las adopciones o las instituciones similares del Derecho extranjero cuyos efectos en orden al vínculo de filiación no sean sustancialmente equivalentes a los establecidos en el Derecho caribeño.

**435.** En el caso de las adopciones, sin perjuicio de la aplicación de las causas de denegación del reconocimiento establecidas con carácter general, se considera apropiado establecer un control adicional. Particular interés y complejidad reviste en relación con el reconocimiento en esta materia, la verificación de la equivalencia de la adopción constituida en el extranjero con la prevista en el ordenamiento jurídico del Estado requerido, en particular cuando este sólo contempla la adopción plena, equiparable a la filiación por naturaleza, que produce con carácter general la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y la familia anterior y que por su esencia es irrevocable.

Para que la adopción constituida en el extranjero pueda ser reconocida como tal, es preciso que en el ordenamiento de origen produzca esos mismos efectos. Se trata, por lo tanto, de una circunstancia que reviste particular trascendencia en relación con la limitación de la eficacia de las adopciones simples o menos plenas, frecuentes en el panorama comparado, aunque con configuraciones muy diversas. En este contexto, es relevante precisar el ordenamiento determinante de los efectos de la adopción constituida en el extranjero (*v.gr.*, si se trata de una adopción simple o plena), que pretende ser reconocida en otro país.

**436.** La adopción se constituye normalmente en virtud de un acto estatal que da lugar a los efectos esenciales y directos de la figura jurídica creada, determinando su alcance, del que se debe partir al valorar la eficacia en nuestro país de la adopción constituida en el extranjero. La extensión de efectos implica tomar como punto de partida los que la resolución produce en el país de origen: en relación con el alcance de la eficacia constitutiva es determinante la ley aplicada al fondo del asunto por el órgano de origen. En línea de principio, los derechos y obligaciones de adoptante y adoptando, el alcance de los vínculos jurídicos subsistentes entre el adoptando y su familia anterior, así como su vinculación con la nueva familia y la eventual revocabilidad de la adopción, vienen determinados por la ley aplicada a la constitución de la adopción por el órgano de origen en la decisión de que se trate.

El reconocimiento en el Estado requerido como adopción plena no puede tener lugar si los efectos de la figura constituida en el extranjero no se corresponden con los previstos para la adopción en el ordenamiento del Estado requerido. En todo caso, el que la figura constituida en el extranjero cuyos efectos no se corresponden con la adopción regulada en el Estado requerido no pueda reconocerse como adopción plena, no excluye, sin embargo, la posibilidad de que sea reconocida con los efectos que le son propios en el Estado de origen.

**437.** En los Estados que sean parte en el Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional habrá que estarse con carácter preferente a lo dispuesto en el Convenio. Conforme a su art. 2, el Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación, al tiempo que el art. 26 regula los efectos que produce el reconocimiento de la adopción en el marco del Convenio, que deben vincularse con la circunstancia

de que las autoridades del Estado requerido desempeñan un papel relevante en el mecanismo de cooperación al que se subordina en el que una adopción pueda ser declarada como conforme al Convenio y que eventualmente se beneficie del régimen de reconocimiento establecido en el Convenio.

**Art. 77. Inmunidad de ejecución.** 1. De conformidad con las normas del Derecho internacional público sobre inmunidad de ejecución, los bienes y los activos que el Estado extranjero posea en el territorio caribeño no pueden ser objeto de medidas coercitivas a menos que los acreedores demuestren que están vinculados a una actividad de carácter exclusivamente económica. Los organismos y entidades públicas de un Estado extranjero cuyo patrimonio esté vinculado a una actividad económica relevante únicamente se beneficiarán de la inmunidad de ejecución en la medida en que acrediten que la deuda fue contraída por cuenta de dicho Estado por motivos relacionados con el ejercicio de la soberanía estatal.

2. La inmunidad de ejecución de los agentes diplomáticos acreditados en el Caribe se determina por lo tratados internacionales de los que Caribe sea parte y, en su defecto, por la costumbre internacional.

3. La inmunidad de ejecución de las Organizaciones internacionales de las que sea parte el Caribe se define por sus tratados constitutivos. Los agentes de dichas Organizaciones gozarán de inmunidad en los términos fijados por dichos tratados.

**438.** La inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación como proceso ante un tribunal surge en la mayoría de los casos este problema después de que se haya despejado la cuestión de si el tribunal del Estado del foro posee sobre el Estado extranjero, o sea si el alegato de inmunidad ha sido rechazado<sup>556</sup>. Sin embargo, la inmunidad de ejecución abarca también medidas interlocutorias o de carácter preventivo, o sea las que un tribunal puede imponer, incluso antes de decidir si posee o no jurisdicción, con respecto a bienes *ad fundandam jurisdictionem*. La inmunidad de ejecución se contrae por tanto a determinar si, por el hecho de estar situados en el Estado del foro, ciertos bienes de propiedad del Estado extranjero podrían quedar sujetos a medidas coercitivas ordenadas por un tribunal de aquél, tales como embargos, secuestros o ejecuciones. En la práctica, tiene quizá mayor importancia que la propia inmunidad de jurisdicción, tanto para el Estado demandado como para el particular que ha optado por llevarlo a juicio ante un tribunal doméstico. El primero tiene un comprensible interés en no perder control sobre sus bienes, por ejemplo, las cuentas abiertas por su embajada o por su gobierno en bancos del Estado del foro, y el segundo, a su vez, tiene la expectativa razonable de que, si se trata de un proceso en el cual no existe inmunidad de jurisdicción, el tribunal adoptará las medidas necesarias para

<sup>556</sup> Vid. *supra*, comentario al art. 7.

que una eventual decisión a su favor pueda ser ejecutada y produzca efectos tangibles.

En efecto, si los tribunales de un Estado se han declarado competentes para conocer una demanda contra un Estado extranjero, puede ocurrir, de un lado, que el demandante solicite que se adopten medidas coercitivas de carácter cautelar contra los bienes de dicho Estado, como el embargo. De otro, una vez dictada sentencia en favor de un particular se suscita el problema de saber si dicha decisión judicial puede ser ejecutada contra los bienes de un Estado extranjero. Esto es, si el Estado extranjero posee en ambos supuestos *inmunidad de ejecución*. Para lo que ha de tenerse presente que esta inmunidad ha seguido una evolución paralela a la de la inmunidad de jurisdicción, al pasar de absoluta a relativa. Aunque ha de tenerse en cuenta que ello se ha producido de forma más restrictiva que en el caso de la inmunidad de jurisdicción.

**439.** En esta materia cabe referirse al régimen establecido por la Convención adoptada por la A.G. en 2004 que fija como regla de base la prohibición de cualquier medida coercitiva contra los bienes de un Estado extranjero, tanto anterior al fallo (art. 18) como posterior a este (art. 19). Aunque en uno y otro caso se establecen ciertas excepciones: 1) cuando el Estado extranjero ha consentido expresamente en la ejecución por acuerdo internacional o contrato. 2) Cuando haya reservado o afectado bienes para la satisfacción de la demanda objeto del procedimiento. A lo que se agrega, respecto a las medidas ejecutivas posteriores al fallo, que procederá la ejecución si los bienes se utilizan específicamente por el Estado para fines distintos de los del servicio público no comercial, se encuentran en el territorio del Estado del foro y tienen un vínculo con la demanda objeto del procedimiento o con el organismo o la institución contra los cuales el procedimiento ha sido intentado (art. 19 c). Complementariamente, el art. 21 del Convenio precisa que nunca serán considerados como bienes utilizados o destinados a fines comerciales los siguientes:

“a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales, o sus delegaciones en órganos de las organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares;

c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado;

d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado o parte de sus archivos y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;

e) los bienes que forman parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni destinados a ser puestos en venta”

Con esta regulación, incumbe al particular la prueba de que el bien sobre el que solicita la ejecución no se beneficia de la inmunidad. Pero la enumeración de los

supuestos en los que un bien del Estado goza de inmunidad no es excesiva dado que se basa en los datos de la práctica internacional. Y, de otra parte, tiene el mérito de resolver una cuestión debatida en el pasado, la de las cuentas bancarias de los órganos exteriores de un Estado extranjero.

Por último, en los arts .22 a 24 de la Convención se regulan ciertas cuestiones de índole procesal en relación con las inmunidades jurisdiccionales. Entre ellas, de un lado, que en defecto de acuerdo o de arreglo especial, todas las *notificaciones* procesales de los tribunales del foro relativas a la incoación de un proceso no deben realizarse desde el juez o tribunal directamente al Estado extranjero, sino que deberán transmitirse “por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado interesado”. Entendiéndose que la notificación ha tenido lugar “cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores haya recibido los documentos”. Previsión que en el art.23 se complementa, de otro lado, con normas respecto al plazo para iniciar un proceso *in absentia* del Estado extranjero o para que este pueda recurrir contra la sentencia dictada.

## Capítulo II

### Eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros

**Art. 78.** *Documentos públicos extranjeros.* 1. Se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles fuerza probatoria.

2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

i) Que haya sido otorgado por una autoridad pública u otra autoridad habilitada en el Estado de origen para tal fin.

ii) Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en Caribe.

iii) Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado. Si dicho otorgamiento o confección se ha realizado por autoridad diplomática o consular acreditada en Caribe deberán observarse los requisitos de la ley del Estado que le confiere la competencia.

iv) Que en el Estado de origen el documento haga prueba plena de la firma y de su contenido.

3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas caribeñas y

extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

**440.** Cuando se alude a la eficacia probatoria de los documentos públicos, se esta haciendo referencia a una realidad compleja<sup>557</sup>. En un orden lógico, cabe distinguir, en primer lugar, la propia autenticidad o veracidad del documento público, o, lo que es lo mismo, su fuerza probatoria extrínseca. En segundo término, y sólo una vez resuelta la autenticidad del documento, procede valorar su capacidad para servir de prueba de la existencia del acto jurídico que se ha plasmado en dicho documento, o, en otras palabras, su fuerza probatoria intrínseca; si se reconoce dicha eficacia probatoria, se suscita una cuestión añadida en orden a valorar su fuerza probatoria en relación con otros medios de prueba cualesquiera que sean. Por último, consumada la prueba del acto, ello es independiente del reconocimiento de su validez.

**441.** Con carácter general, esta disposición introduce un tratamiento de la eficacia de los documentos públicos extranjeros en el Estado de recepción estableciendo una serie de controles<sup>558</sup>. Posee un contenido amplio pues no está circunscrita a los documentos públicos extranjeros otorgados en otras naciones, sino que también comprende los otorgados en el Estado de recepción por autoridades diplomáticas o consulares extranjeras allí acreditadas. Dicho en otros términos, la extranjería de un documento público siempre vendrá determinada por la nacionalidad de la autoridad que interviene en su otorgamiento, autoridad que, además, ha de intervenir preceptivamente en su emisión.

Debe distinguirse entre la fuerza probatoria del documento (su capacidad para probar el acto que contiene) y, por otra, la propia eficacia del acto contenido en dicho documento (párrafo 3º). Para lo primero, basta con el cumplimiento de los requisitos previstos en el párrafo 2º; para lo segundo, son exigibles además todas las condiciones relativas a la validez del acto: capacidad de las partes (art. 23); validez de la relación en cuanto al fondo (*lex causae*); y validez de la relación en cuanto a la forma. Esta distinción determina que los requisitos y condiciones que se van a exigir para dar efectos en el Estado de recepción a los documentos extranjeros van a variar en función de si se quiere dar eficacia o no al acto que contienen pues para el primer caso será menester el cumplimiento de los requisitos relativos a la validez de dicho acto, mientras que en el segundo bastará verificar la regularidad del documento, con una aplicación cumulativa de las leyes del Estado de origen y del foro, y comprobar su eficacia probatoria en el Estado de origen. A este efecto el precepto comentado no se limita a introducir los requisitos para la eficacia de los documentos públicos extranjeros en el ámbito procesal sino que también contempla la efica-

<sup>557</sup> Vid., por todos, P. Jiménez Blanco, "La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros", *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 365-404.

<sup>558</sup> CONC.: Art. 172 Ley DIPr panameño; art. 73 Proyecto dominicano.

cia extraprocesal, particularmente la registral, cuestión esta que deberá completarse con las disposiciones pertinentes en la materia del Estado de recepción.

**442.** Como se ha indicado, el rasgo distintivo que permite calificar un documento como público es la intervención de una autoridad pública en su otorgamiento. No obstante, el párrafo 2.i) amplía los supuestos de intervención a cualquier “otra autoridad habilitada en el Estado de origen para tal fin”. Tal formulación intenta ser respetuosa con la revisión del propio concepto de “autoridad pública”, que puede conllevar en determinados casos importantes problemas de identificación. Así, es destacable el debate ocasionado en el ámbito del Derecho europeo sobre la posición jurídica y el ejercicio de “poder público” por parte de los notarios. La dicción dada por el art. párrafo 2.i) de esta Ley permite incluir en su ámbito cualquier tipo de autoridad que esté expresamente habilitada por la legislación del Estado de origen para otorgar documentos públicos, al margen de la consideración del interviniente en el documento como poder público o no.

**443.** Los controles previstos en el párrafo 2º, ii) en relación con la autenticidad del documento (legalización o, en su caso, apostilla) están lógicamente destinados a comprobar la regularidad externa del documento: acreditación de la autoridad interviniente y de la calidad en la que ésta actúa. Y esta regularidad puede comprobarse tanto de oficio como a instancia de parte. La condición de autenticidad por excelencia es la legalización del documento, práctica que tiende a suavizarse, e incluso a eliminarse, a través de la cooperación internacional. Consiste dicho acto en la certificación por un funcionario público de la autenticidad de la firma de un documento público otorgado por autoridad extranjera, así como de la condición o cualificación de la autoridad en cuestión. Respecto a las soluciones previstas en los Convenios internacionales debe indicarse que la tendencia apunta a una supresión de todos los requisitos formales, llegando incluso a desaparecer el trámite de la apostilla, de modo que se opera en la “confianza” de la corrección del mismo.

Especialmente problemática en relación con la legalización puede ser la cuestión del documento concreto que tiene que cumplir con esta exigencia. En este sentido, la práctica demuestra que, en alguna ocasión, el documento cuya eficacia pretende hacerse valer en el Estado de recepción viene acompañado de un certificado emitido por las autoridades del Estado de origen del documento (en el que se acredita que el documento cumple con las exigencias y requisitos previstos en este Derecho) y es precisamente este certificado (y no el documento originario) el que aparece legalizado. El problema, evidente, consiste en saber si resulta suficiente esta legalización. En efecto, si con la legalización lo que se pretende es que quede acreditada la regularidad externa del documento en relación a la autoridad que lo otorgó, nada obstaría a que sea una autoridad (establecida por el Derecho del Estado de origen) la que lo autentifique, siempre que, posteriormente, a su vez, quede acreditada la cualidad de la autoridad extranjera certificante.

En todo caso, resulta importante resaltar que la ausencia de legalización de un documento, cuando ésta sea exigida, no determina por sí misma la ineficacia total de éste, sino únicamente que el mismo tendrá los efectos propios de los documentos privados o un valor probatorio debilitado.

**444.** De entre los distintos textos internacionales merece un tratamiento aparte, por su alcance, el Convenio de La Haya, de 5 octubre 1961, que suprime entre los Estados parte la exigencia de legalización de los documentos públicos y que tiene un alcance cuasi-universal<sup>559</sup>. El Convenio se aplica a todo documento público que haya sido autorizado en el territorio de un Estado contratante y que deba ser presentado en el territorio de otro Estado contratante, excluyéndose los documentos otorgados ante autoridades diplomáticas y consulares y los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera.

La Convención de la Haya suprime el requisito de legalización diplomática y consular de los documentos públicos a través de la colocación en el documento público una apostilla o anotación que certificará la autenticidad del origen del documento público. Hay que tener en cuenta que nunca certificará su contenido. La “apostilla” o legalización única, cuyo modelo se acompaña como anexo al Convenio, debe cumplir los requisitos de forma y presentación previstas en el Convenio, siendo de destacar que puede venir consignada únicamente en el idioma de la autoridad que la expida, aunque debe hacerse constar en francés en todo caso, el título “*Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)*”. Conviene recordar que la exigencia de la apostilla no empece la posibilidad de eludir su exigencia en el caso que dos Estados parte la hayan eliminada a través de un acuerdo bilateral.

**445.** El requisito previsto en el párrafo 2º, ap. iii) presupone el cumplimiento en el otorgamiento o confección del documento de los requisitos exigidos en el lugar de otorgamiento. Esta condición supone verificar, como presupuesto previo para su eficacia, la regularidad intrínseca del documento desde la perspectiva del cumplimiento de las condiciones establecidas en la ley del Estado de origen del mismo. Esta remisión a la ley del lugar del otorgamiento, como norma rectora de la regularidad del documento, presupone la preceptiva intervención de una autoridad en su otorgamiento, lo que supone, a su vez, la operatividad de la regla *auctor regit actum*. El contenido de dicha regla se resume en el deber que tiene la autoridad pública de aplicar su propio Derecho a la hora de formalizar o documentar un determinado acto. Razones de soberanía, en sentido estricto, han justificado de siempre este principio que no se opone, en la regulación de la forma de los actos, al principio *locus regit actum*, pues en la mayor parte de los casos, la ley nacional de la autoridad pública suele coincidir con el lugar de otorgamiento del acto.

---

<sup>559</sup> Dentro del área OHADAC han suscrito la Convención: Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Colombia, Costa Rica, Honduras, México, Panamá, República Dominicana, San Cristobal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago y Venezuela.

Partiendo de la vinculación entre la autoridad pública y el documento que otorga, también parece necesaria la vinculación entre la ley que atribuye la competencia a dicha autoridad y el sometimiento de esta a las reglas que dicha ley establece, en tanto en cuanto establezca las condiciones y requisitos para otorgar documentos. Considerados ambos elementos, resulta fácilmente deducible la conveniencia de una conexión basada en la ley de la autoridad como Derecho rector del propio documento.

La ley del lugar del otorgamiento es una opción mayoritariamente seguida en el Derecho comparado. Las razones son variadas. Por una parte, debe considerarse el punto de confluencia en la *lex loci actum* del documento y de la forma de los actos: estos tradicionalmente han quedado sometidos a la *lex loci regit actum*<sup>560</sup>, y esta ley requiere en muchas ocasiones la formalización de dichos actos precisamente en documentos públicos. Esta confluencia explica, por tanto, la vinculación entre documentos y forma de los actos. Por otra parte, desde un punto de vista práctico, sólo existiría diferencia entre la aplicación de la *lex loci* o de la regla *auctor* cuando se trate de documentos otorgados por autoridades diplomáticas y consulares de un Estado acreditadas en otro Estado. El párrafo 2º, ap. iii) también contempla el caso de la eficacia en el Estado de recepción de los documentos otorgados por autoridades diplomáticas o consulares extranjeras acreditadas en el Estado de recepción o en otro país, a partir de la regla *auctor*, que sigue sirviendo como pauta de solución.

En cualquier caso, la regla *auctor* sólo significa que la ley de la autoridad es la que establece el marco y condiciones de actuación de la autoridad, pero de ella no cabe derivar la obligación de una aplicación exclusiva de su Derecho material. En este sentido, cabe pensar en supuestos en los que la regla *auctor* permite la aplicación de leyes extranjeras para determinados aspectos relacionados con el otorgamiento o confección del documento.

**446.** Una cosa es el ámbito de aplicación del párrafo 2º, iii), aplicable a la “regularidad” o “validez” del documento, como presupuesto previo y necesario para que este pueda producir sus efectos y otra el alcance del control que debe efectuarse para verificar la regularidad del mismo. Ciertamente, para que un documento sea considerado como “público” no sólo se requeriría la intervención de una autoridad pública competente, que actúe en el ejercicio de sus funciones, sino también que el documento cumpla con las exigencias previstas por la ley del Estado al que pertenece la autoridad actora<sup>561</sup>. Si esto es así, el problema que surge inmediatamente es el alcance y procedimiento del control que debe realizarse en el Estado del recono-

---

<sup>560</sup> Vid. M. Requejo Isidro, *Ley local y forma de los actos en el DIPr español*, Madrid, Eurolex, 1998, pp. 35 ss.

<sup>561</sup> P. Gothot y D. Holleaux, *La Convención de Bruselas de 27 Septiembre 1968*, (trad. de I. Pan Montojo), Paris, Júpiter, 1985, p. 229; J. Maseda Rodríguez, “El concepto de documento público: jurisdicción territorialmente competente para la ejecución en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *La Ley: Unión Europea*, 1999, nº 4829, pp. 1-6, p. 2.

cimiento sobre la “regularidad” de dicho documento: se trata de saber si la eficacia probatoria de un documento público extranjero está supeditada a un control riguroso y exhaustivo sobre todos los elementos que, en puridad, conceden a dicho documento la cualidad de público, particularmente, los que se refieren al control de la competencia de la autoridad que autorizó el documento y a la aplicación de los requisitos formales exigidos por la ley de dicha autoridad. Respecto de la autoridad, ésta ha de ser una autoridad pública (o habilitada como tal en el Estado de origen), ha de actuar en el ámbito de su competencia y funciones y ha de “autorizar” el documento, es decir, ha de ser el autor del documento, no un mero legitimador de firmas de un documento otorgado por las partes. Los restantes requisitos que garantizan la validez formal del documento se refieren a la actividad de la autoridad pública y al modo y solemnidades concretas con las que deben documentarse las declaraciones de voluntad o los hechos de los que se pretende dar fe. Si seguimos una interpretación estricta del párrafo que se comenta, parece clara la exigencia del cumplimiento de todos estos extremos para la consideración del documento como documento público, como presupuesto necesario no sólo para su eficacia probatoria “reforzada”, sino, y con más rigor, para cualesquiera otro de los efectos del documento (registral, ejecutivo). El problema estaría en las posibilidades reales y el procedimiento y modo concretos de efectuar este control sobre la validez o nulidad formal del documento público.

La constatación de la regularidad del documento en el Estado de origen lleva a tener que analizar, conforme a ese Derecho, si el defecto, la omisión o la irregularidad observada es realmente causa de nulidad formal del documento en dicho Estado. En este sentido, puede ocurrir que la inobservancia por parte de la autoridad de las reglas de competencia a la hora de otorgar el documento no sea causa de nulidad del documento conforme al Derecho del Estado de origen. El problema puede llevarse incluso a supuestos en los que podría detectarse una vulneración de las normas de Derecho internacional público, sobre ejercicio extraterritorial de sus funciones por parte de notarios o de cónsules sin contar con autorización o en contra de lo dispuesto por la ley del Estado donde actúa. En estos casos, de demostrarse una verdadera vulneración de soberanía de este Estado, habría que considerar la primacía del Derecho internacional público sobre lo dispuesto en la ley del Estado de origen.

**447.** Cuestión diferente es que los documentos públicos extranjeros, una vez cumplimentados los controles previstos en los apartados i), ii) y iii) del párrafo 2º, se equiparen a los documentos públicos del Estado de recepción en cuanto revestidos de la “presunción de veracidad”, relativa a los hechos que aparecen documentados, y de la que se deriva la especial fuerza probatoria de los documentos públicos<sup>562</sup>. Tal privilegio, que determina la eficacia del documento hasta que se impug-

---

<sup>562</sup> Deben distinguirse, por tanto, dos conceptos: la “presunción de autenticidad” (relativo a la autoría del documento) y la “presunción de veracidad” (relativa a los hechos narrados; *vid.* Ch. Reithmann, en Ch.

ne y declare su falsedad, es consecuencia directa de la existencia de un documento público que ha cumplimentado los controles exigidos relativos a acreditar la autenticidad del mismo y a acreditar que se han observado las exigencias establecidas por la ley del Estado de origen para que produzca plena fuerza probatoria en este Estado.

En este contexto, el párrafo 2º, iv) exige para la eficacia de los documentos extranjeros en el Estado de la recepción que el mismo haya cumplimentado los requisitos necesarios en el Estado de origen para que el documento “haga prueba plena de la firma y de su contenido”. La posición privilegiada que los documentos públicos tienen como medio de prueba presupone la intervención de la autoridad en una calidad determinada, de modo que no sólo se limita a legitimar las firmas de las personas que intervienen en el acto que se documenta sino que la fe pública de la autoridad se extiende al propio contenido del instrumento. Se parte, por tanto, de un modelo notarial basado en el sistema latino. Con ello se presupone, en primer lugar, la regularidad del documento en el Estado de origen en los términos que se ha señalado o, al menos, una irregularidad que no afecte a su eficacia probatoria conforme a ese Derecho; pero también, en segundo lugar, un control de “equivalencia” del documento, de modo que para que haga “prueba plena” en el Estado de la recepción tiene que acreditarse tal condición en su Estado de origen. Si no se supera el test de la equivalencia ello no supone un rechazo a los documentos extranjeros, sino una reordenación de los mismos en el tipo de documento que mejor se acomode a sus características en origen (*v.gr.*, con fuerza probatoria de documentos privados).

Se introduce aquí un sistema de doble control de la fuerza probatoria: el primero, conforme a la ley del documento (la ley de la autoridad que lo haya emitido) para verificar su alcance en el Estado de origen; el segundo, conforme la ley del Estado de la recepción, para ubicar el documento en el lugar que le corresponda a la prueba documental conforme a este Derecho. Este doble control produce, a su vez, un doble efecto: positivo, de modo que el documento autorizado en el Estado de origen debe tener el mismo efecto que tendría el documento equivalente autorizado en el Estado de acogida; negativo, no estaría justificado que el Estado de acogida rechazara o restringiera el valor probatorio de un documento equivalente autorizado en el Estado de origen.

Las dificultades de la puesta en práctica de este control están mediatizadas por el tipo de documento ante el que nos encontremos, según se limiten a constatar hechos (actas de notoriedad) o incorporen declaraciones de voluntad (escritura de un contrato) o actos o negocios jurídicos (certificaciones registrales de matrimonio). En estos últimos casos, se presentan más dificultades para el control de equivalencia dado que el documento está mediatizado por un control de legalidad.

Lo determinante a la hora de valorar la “prueba plena” en juicio es que, de acuerdo con la ley de origen, el documento tenga una posición jerárquicamente

---

Reithmann y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 1996, pp. 510–511).

superior dentro de los medios de prueba (no pueda desvirtuarse con otros medios, como ocurre con la fuerza probatoria otorgada a la prueba testifical en el sistema anglosajón). Es más, la propia formulación y alcance del criterio de la “prueba plena” debería llevarnos a pensar en un régimen de prueba tasada, no quedando sometida, por tanto, a la libre valoración de la prueba o valoración conjunta con los restantes instrumentos probatorios.

**448.** Una adecuada comprensión del alcance del precepto comentado requiere deslindar dos conceptos que, aunque están lógicamente vinculados, son diferentes y tienen una regulación diversa en DIPr. De una parte, estarían los medios de prueba que se admitan para acreditar la existencia de una relación jurídica y, de otra parte, estaría la fuerza probatoria de estos medios (es decir, sus posibilidades de desvirtuación por otros medios o de impugnación dentro del proceso). De estos dos aspectos, el presente artículo sólo regula el segundo. En efecto, cuando un documento cumple con los requisitos estudiados del apartado 2 del presente art. 78 ese documento puede desplegar una fuerza probatoria plena; ahora bien, saber si el documento, en cuanto tal, es un medio de prueba adecuado de un determinado acto o negocio jurídico es una cuestión que queda fuera del ámbito de aplicación del precepto mencionado. Debe determinarse, entonces, cuál es la ley aplicable a los medios de prueba y todo apunta a inclinarse por una calificación “procesalista” de los medios de prueba, lo que conlleva la aplicación de la *lex fori* para determinar las pruebas admisibles, excepto para ámbitos concretos, para los que se defiende la aplicación de la *lex causae* (ley rectora de la relación) si los medios de prueba previstos en la *lex fori* desvirtúan las prohibiciones establecidas por aquella ley.

**449.** El contorno de la fe pública determinado conforme a la ley del documento sirve de delimitación para verificar cuáles de los hechos narrados necesitan, para que pierdan su eficacia probatoria, que se ataque previamente la veracidad del documento y cuáles, a pesar de estar contenidos en el documento, pueden ser desvirtuados a través de cualquier otro medio de prueba, sin necesidad de atacar el documento. En concreto, entrarían dentro de este último sector aspectos tales como la simulación del negocio jurídico documentado, los vicios del consentimiento en su formación o incluso la veracidad intrínseca de las declaraciones de voluntad realizadas por los otorgantes. Con carácter general, todas estas circunstancias quedan fuera de la protección de la fe pública porque a lo que se refieren es a la validez y eficacia del acto o negocio documentado, cuestión que, como señala el propio párrafo 3º de este art. 78 quedará sometida a su propio Derecho rector. Con ello queda claro que, al margen de que la ley del documento pudiera extender la fe pública de la autoridad a las valoraciones jurídicas que esta realice sobre aspectos tales como la capacidad de las partes o la validez del negocio o de la relación jurídica, introduciendo una presunción de validez del mismo, tal presunción no será tenida en cuenta. De este modo, con el documento público puede probarse, por ejemplo, que las partes comparecieron ante el notario y emitieron unas determinadas declaraciones

de voluntad con la intención de celebrar un contrato; ahora bien el documento no sirve para probar la propia validez del contrato, porque ello requeriría que quedase constatado un acuerdo de voluntades real (no simulado) y no viciado (por error, dolo o intimidación). Conforme a lo señalado, la primera circunstancia (el hecho de que se hubieran emitido o no las declaraciones de voluntad) dejar de estar acreditada si se impugna la veracidad del documento; por el contrario, el segundo aspecto (el relativo a la validez misma de un contrato) se verificará si se acreditan cumplimentados los requisitos para la válida constitución del mismo, lo que equivale a decir que no hacen prueba las calificaciones jurídicas que realiza el notario.

En relación con esto, debe también tenerse en cuenta que la extensión de la fe pública puede variar cuando lo que aparezca contenido en el documento no sean declaraciones de voluntad (propias de los documentos dispositivos), sino declaraciones de ciencia (propias de los documentos testimoniales o de actas notariales: por ejemplo, una fe de vida). La referencia prevista en párrafo 3º únicamente en relación con las “declaraciones de voluntad”, no debe interpretarse como una negación de efectos probatorios de los hechos que documente el notario, ya que no habría motivo para denegar dicha eficacia probatoria respecto de documentos extranjeros, siempre, lógicamente, que en su Estado de origen, tales documentos también hagan prueba de dichos hechos. La razón de que estos últimos no estén expresamente previstos en referido párrafo 3º es dejar claro que, en lo que se refiere a los documentos dispositivos, una cosa es la prueba de las declaraciones de voluntad y otra cosa es la propia existencia y eficacia del negocio jurídico de que se trate. Por este motivo, tiene pleno sentido mencionar únicamente este tipo de documentos, ya que los meramente testimoniales sólo pueden probar los hechos a los que se refieren, pero en ningún caso plantearán un problema de validez propio de los negocios jurídicos, por lo que no se suscitará la aplicación de las normas de capacidad, fondo y forma rectoras de estos.

**Art. 79. Traducción.** Sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales o leyes especiales, a todo documento redactado en idioma que no sea oficial en el Estado de la recepción, se acompañará la traducción del mismo.

Dicha traducción podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugnare dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, el Secretario judicial ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado.

No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó.

**450.** Este precepto tiene lógicamente una aplicación supletoria respecto de las soluciones concretas que pudieran derivarse de los Convenios internacionales. Asimismo, considerando el alcance general de esta Ley de DIPr, la regla sobre traducción de este art. 79 debe entenderse sin perjuicio de las normas específicas contenidas en leyes sectoriales. Particularmente, en el ámbito registral puede flexibilizarse la exigencia de traducción, si así lo prevé la norma reguladora correspondiente, en aquellos casos en los que el encargado del registro conozca el idioma en el que está redactado el documento.

Asimismo, dependerá de cada sector concreto determinar las consecuencias que tiene la presentación de un documento no traducido: si ello supone su inadmisión, la incidencia que pueda tener sobre la continuación de un procedimiento judicial y las posibilidades y condiciones de subsanación de la ausencia de traducción.

**451.** El art. 79 establece la validez, como regla general, de la traducción privada y sólo en caso de impugnación deberá acudir a una traducción oficial. Con ello se pretende evitar la utilización abusiva, y con una finalidad puramente dilatoria, de las impugnaciones de las traducciones privadas. Por ese motivo, se establece que los gastos se repercutirán en la parte que impugna en el caso de que la traducción oficial sea sustancialmente idéntica a la traducción privada presentada por la otra parte.

## TÍTULO V

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINAL

**Art. 80. Aplicación en el tiempo.** 1. La presente ley se aplica a todos los procesos iniciados después de la fecha de su entrada en vigor, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Sin embargo, los hechos o actos jurídicos que hayan gestado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, pero que continúan produciendo efectos jurídicos, se rigen por la ley anterior para el periodo anterior a esta fecha y por la nueva ley para el periodo posterior.

2. Los jueces o autoridades caribeños que conozcan de acciones interpuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley seguirán siendo competentes si dicha competencia no está establecida en la presente ley.

Las acciones rechazadas por los jueces o autoridades caribeños por falta de competencia con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley pueden ser inter-

puestas de nuevo si la competencia está establecida por esta última ley, siempre que la pretensión sea susceptible de invocarse.

3. Las solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que estén pendientes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se rigen por ésta última en lo concerniente a las condiciones de reconocimiento y de ejecución.

**452.** La aplicación en el tiempo de las normas de DIPr adquiere un especial relieve. Si las normas jurídicas y, en concreto, las propias de este ordenamiento, se dictan para regir una conducta futura proyectando el legislador unos determinados valores e intereses, dichas normas deben de contar con un instrumento normativo de carácter complementario que atienda a los hechos del pasado o a las situaciones de *facta pendentia*<sup>563</sup>.

Los sistemas estatales de DIPr se caracterizan por la inexistencia o la insuficiencia de dichos instrumentos (normas de Derecho transitorio) o por la proyección en los mismos de discutibles valores que, muchas veces, desvirtúan el propósito originario de la revisión legal que se ha operado. Las tradicionales normas transitorias, situadas confortablemente en los Códigos civiles, no pueden dar una respuesta coherente a estas cuestiones que no tienen un carácter exclusivamente sustantivo, sino procesal. Es bien sabido que la formulación de regla tradicional de la irretroactividad de la ley, dirigida exclusivamente al intérprete de la ley, procede de textos declarativos de derechos de la persona. Indudablemente, dicha regla se formuló como una reacción frente a las injusticias cometidas por leyes y por decisiones judiciales con efectos retroactivos, como un corolario del principio de legalidad y en favor del derecho del ciudadano a la seguridad jurídica. Es más, la regla pretende ser un sustento a la libertad civil y constituye un postulado de seguridad jurídica consustancial para el ejercicio del comercio. Es un planteamiento íntimamente ligado al fenómeno codificador y responde a sus objetivos de base: estabilidad y seguridad jurídica. Dicho en otros términos, la irretroactividad es una fórmula rígida, pero confortable, que es exponentes de una época donde el acento se colocaba en la seguridad jurídica; una fórmula que representa un factor de orden y de seguridad cuya existencia misma es una garantía del orden social<sup>564</sup>. La idea motriz en este período gravita en torno a que en una sociedad bien organizada toda persona debe realizar su actividad jurídica con plena conciencia de sus consecuencias. De ahí que la ley no deba tener efectos retroactivos, pues tal situación puede generar una incertidumbre ajena a la realidad de las cosas.

<sup>563</sup> CONC.: Art. 196 Ley DIPr suiza; arts. 126 y 127 Código DIPr belga; art. 72 Ley DIPr italiana; art. 3 Proyecto argentino.

<sup>564</sup> Cf. P. Level, *Essai de systématisation sur les conflits des lois dans le temps*, Paris, 1959, LGDJ, p. 290.

En la hora actual se han puesto de relieve las situaciones injustas a que la regla en su estado puro podría dar lugar<sup>565</sup>, así como el fracaso de un criterio apriorístico y general con vocación de resolver todos los supuestos de conflicto intertemporal que pudieran presentarse. Reconocer la aplicación inmediata de la nueva ley planteará siempre el problema de armonizar dicha aplicación a relaciones subsistentes al amparo de la ley anterior. Resulta, pues, imposible resolver la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la ley a partir de criterios axiomáticos y, en cualquier caso, la aplicación analógica de las disposiciones transitorias de los Códigos civiles a soluciones concretas no parece que sea la solución adecuada. Sobre todo en una época de profundos cambios legislativos. La regla general de la irretroactividad posee, por tanto, un carácter subsidiario que sólo podrá utilizarse cuando la nueva ley nada haya establecido en torno a su carácter retroactivo.

**453.** Por las razones expuestas, desde el punto de vista de la ley aplicable, esto es del Título III de la presente Ley, la irretroactividad está templada por dos excepciones. En primer lugar, el respeto a los derechos adquiridos que son reconocidos en, con las limitaciones oportunas en el **art. 71**. En segundo lugar, cuando los hechos o actos jurídicos controvertidos se hayan gestado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, pero que continúan produciendo efectos jurídicos. En este caso la solución más equitativa apunta a la aplicación de la ley anterior para el periodo anterior a esta fecha y por de la nueva ley para el periodo posterior<sup>566</sup>.

Esta solución es aceptada por la mayoría de los sistemas estatales de DIPr que se inclinan decididamente por la solución del problema con el concurso de las normas generales internas sobre irretroactividad de las leyes, pues no existe razón alguna para desviarse de este criterio; si bien existen posiciones más matizadas<sup>567</sup>, incluso desde la perspectiva de un sistema concreto<sup>568</sup>. Ahora bien, cuando un legislador se decida a reformar las normas de DIPr, debe resaltarse en que esta iniciativa quedaría mermada si no incorpora normas transitorias que extiendan los nuevos valores a las situaciones constituidas con anterioridad sobre la base de la especialización de las materias reguladas. Indudablemente, la regla tradicional sigue siendo válida en

<sup>565</sup> D. Donati, "Il contenuto del principio della irretroattività della legge", *Riv. italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. LV, 1915, pp. 235-257 y 117-193.

<sup>566</sup> Esta fórmula es la empleada por el art. 196.2º Ley DIPr suiza de 1987.

<sup>567</sup> No todos los supuestos de sucesión en el tiempo de la norma de conflicto pueden solucionarse aplicando las mismas reglas. Podemos plantearnos una serie de hipótesis posibles: A) sucesión en el tiempo de normas de conflicto legislativas; b) sucesión en el tiempo de normas de conflicto de carácter jurisprudencial o consuetudinario; c) norma de conflicto legislativa en vigor, modificada por otra de carácter jurisprudencial o consuetudinario; d) norma de conflicto de carácter consuetudinario o jurisprudencial, modificada por otra posterior de carácter legislativo; e) norma de conflicto legislativa, modificada por otra contenida en un tratado internacional; f) sucesión en el tiempo de normas conflictuales de carácter convencional. *Vid.* F. A. Mann, "The Time Element in the Conflict of Law", *British Yearb. Int'l L.*, vol. XXXI, 1954, pp. 217-247; P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflits de lois dans le temps)*, 2ª ed., Paris, 1960, pp. 23-29.

<sup>568</sup> Fue la solución adoptada en Alemania, con la disposición transitoria que incluyó la Ley de reforma del EGBGB de 25 de julio de 1986, *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 326-327

materia de obligaciones contractuales. Mas otras instituciones requieren soluciones más específicas, sobre todo en el ámbito del Derecho de familia, que extiendan las conquistas jurídicas de una sociedad democrática a situaciones generadas con anterioridad (igualdad de los esposos y de los hijos ante la ley, eficiencia global de mercado, etc...).

**454.** Las cuestiones intertemporales relativas a la aplicación de las normas contenidas en el título III de la presente Ley se producen cuando existe un proceso iniciado, sobre la base de unos determinados foros de competencia y se produce un cambio normativo que afecta a dichos foros quitándole la competencia al tribunal que comenzó a entender del asunto. Para su resolución pueden utilizarse diversos cauces. De un lado, se ha operado a través de una transposición pura y simple de las soluciones propias de la sucesión de normas de conflicto, partiendo de una similitud entre los puntos de conexión y los foros de competencia y estar a las reglas del párrafo 1º de la norma que se comenta. De otro lado, fijando un momento decisivo (una fecha crítica) a partir del cual se entiende que, si existía competencia por parte de los tribunales, dicha competencia debe extenderse en el tiempo hasta que finalice el procedimiento, con independencia de la modificación normativa; dicha fecha contempla la posibilidad de que acciones rechazadas por los jueces o autoridades del foro por falta de competencia con anterioridad pueden ser interpuestas de nuevo si la competencia está establecida por esta última ley, siempre que la pretensión sea susceptible de invocarse<sup>569</sup>.

Razones de economía procesal, junto a la apreciación de la distinta naturaleza de las normas de competencia judicial y competencia legislativa, aconsejan mantener esta segunda posición a través del principio denominado de la *perpetuatio iurisdictionis*. En el DIPr, en ausencia de texto legal, se ha admitido con carácter general que la cuestión debía resolverse con arreglo al criterio expresado, a través de una aplicación extensiva de las soluciones imperantes en el plano de la competencia interna, justificándose tal resultado en el carácter indeclinable de la jurisdicción nacional.

**455.** En lo que se refiere a la eficacia de decisiones extranjeras recogida en el Título IV nos encontramos que el impacto del factor tiempo es especialmente intensa<sup>570</sup>. Esto se debe a la solución de continuidad que puede existir entre el momento en que se produce la decisión extranjera y aquel en que se presenta la solicitud para su cumplimiento, mediando entre ambos la entrada en vigor de la presente ley. De ahí que resulte oportuno considerar que las solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que estén pendientes con anterioridad a la entrada en

---

<sup>569</sup> P. Roubier, "De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Paris, 1960, pp. 525 ss.

<sup>570</sup> Cf. A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 65 ss.

vigor de la presente ley se rijan por ésta última en lo concerniente a las condiciones de reconocimiento y de ejecución.

**Art. 81.** *Disposición derogatoria.* Se derogan todas las disposiciones anteriores que regulen la materia objeto de esta Ley y le sean contrarias.

**456.** Las normas derogatorias no hacen referencia a una determinada conducta, sino a la validez de las normas anteriores<sup>571</sup>. Como es habitual en las leyes de DIPr, sobre todo en aquéllas que poseen una vocación de regulación global se incluye un precepto en virtud del cual se limita en el tiempo la aplicabilidad de las leyes anteriores, restringiendo su vocación reguladora aunque sin anular la aplicabilidad de las normas derogadas, como se detalla en las normas transitorias del **art. 80**.

Este precepto se inclina por el mecanismo de la derogación tácita y respetando a la existencia de una incompatibilidad entre las leyes anteriores y la presente Ley, caso de ser adoptada total o parcialmente. Tiene como efecto limitar en el tiempo la vigencia de una norma, es decir, suspender su aplicación y capacidad regulatoria, aunque en todo caso el precepto sigue amparado por una presunción de validez respecto de las situaciones ocurridas durante su vigencia. Cuando se deroga tácitamente una disposición, como en el presente caso, no se está frente a una omisión del legislador sino que al crear una nueva norma ha decidido que la anterior deje de aplicarse siempre que no pueda conciliarse con la recientemente aprobada. La opción por una derogación expresa implicaría confrontar la presente Ley con el resto del ordenamiento que la ha adoptado, lo que exigiría al legislador una dispendiosa labor a todas luces excesiva, pues la tarea legislativa debe concentrarse en los asuntos específicos definidos por el propio Parlamento, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y un adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas.

---

<sup>571</sup> H. Kelsen, "Derogation", *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis, Bob Merrill Hill Co, 1962, pp. 339–355.



**PARTE CUARTA**

**TEXTOS DEL PROYECTO DE  
LEY MODELO OHADAC DE DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO**



# PROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA OHADAC \*

## TÍTULO I DISPOSICIONES COMUNES

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

- i) La extensión y los límites de la jurisdicción caribeña.
- ii) La determinación del Derecho aplicable.
- iii) Las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras.

2. Son internacionales las relaciones privadas que presentan vínculos con más de un ordenamiento jurídico a través de sus elementos constitutivos, correspondientes a la persona de sus sujetos, a su objeto, o a su creación.

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

- i) Las materias, fiscales, aduaneras y administrativas.
- ii) La Seguridad Social
- iii) El arbitraje comercial.
- iv) La quiebra y otros procedimientos análogos.

**Art. 3. Tratados internacionales.** 1. Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán en la medida en que sean conformes con lo dispuesto en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte. En caso de contradicción prevalecerán las disposiciones de los tratados.

2. En la interpretación de tales tratados, se tomará en cuenta su carácter internacional y la exigencia de su aplicación uniforme.

---

\* **Observación general:** Las referencias a “Caribe” o “caribeñas” del presente proyecto hacen referencia al Estado, y a las relaciones conectadas con el Estado, que decida incorporar la Ley Modelo.

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

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

i) Domicilio: el lugar de residencia habitual;

ii) Residencia habitual:

a) El lugar donde una persona física esté establecida a título principal, incluso aunque no figure en registro alguno y aunque carezca de autorización de residencia. Para determinar ese lugar se tendrá en cuenta, en particular, las circunstancias de carácter personal, familiar o profesional que demuestren vínculos duraderos con dicho lugar.

b) El lugar donde una persona jurídica o moral tenga su sede social, administración central o su centro de actividad principal.

c) El lugar donde esté situada la administración de un trust o el centro de sus principales intereses.

2. Ninguna persona física puede tener dos o más domicilios.

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

### Capítulo I Ámbito de la jurisdicción caribeña

**Art. 6. *Alcance general de la jurisdicción.*** Los tribunales caribeños conocerán de los juicios que se susciten en territorio caribeño entre caribeños, entre extranjeros y entre caribeños y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.

2. Los extranjeros tendrán acceso a los tribunales caribeños en condiciones de igualdad con los nacionales y gozarán del derecho a una tutela judicial efectiva. Ninguna caución ni depósito, sea cual fuere su denominación, podrá imponerse ya sea por razón de su condición de extranjeros, ya por falta de domicilio o residencia en el país en caso de ser demandantes o intervinientes ante los tribunales caribeños.

3. Son válidos los acuerdos de elección de foro jurisdiccional cuando el litigio tenga carácter internacional. Se entenderá por litigio internacional aquel que tenga

un elemento de extranjería jurídicamente relevante conforme se define en el párrafo segundo del art. 1 de la presente ley.

**Art. 7. Inmunidad de jurisdicción y de ejecución.** 1. El alcance del artículo anterior se determinará sin perjuicio de los supuestos de inmunidad de jurisdicción del Estado y de sus órganos establecidos por las normas del Derecho internacional público. En materia civil y comercial los tribunales caribeños aplicarán con carácter restrictivo el ámbito de esta inmunidad limitándola exclusivamente a los actos que impliquen el ejercicio del poder público (*actos iure imperii*)

2. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de los agentes diplomáticos acreditados en Caribe se regulará por los en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.

3. La inmunidad de jurisdicción y ejecución civil y comercial de las Organizaciones internacionales de las que sea miembro Caribe se determinan por sus tratados constitutivos. Los agentes de dichas Organizaciones internacionales se benefician de dichas inmunidades en los términos previstos por estos tratados.

**Art. 8. Excepción de arbitraje** .1. En caso de que un litigio cubierto por un convenio de arbitraje se lleve ante un tribunal caribeño cuando se ha llevado ya ante un tribunal arbitral, el tribunal caribeño declara la demanda inadmisibile.

2. En caso de que un litigio cubierto por un convenio de arbitraje se somete a un tribunal caribeño cuando no se ha sometido todavía ante un tribunal arbitral, el tribunal caribeño declara la demanda inadmisibile salvo que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o inaplicable.

## Capítulo II

### Foros de competencia

**Art. 9. Competencias exclusivas.** Los tribunales caribeños serán competentes con carácter exclusivo en las siguientes cuestiones:

i) derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se encuentren en territorio caribeño;

ii) constitución, validez, nulidad o disolución de una sociedad o de una persona jurídica que tenga su domicilio en territorio caribeño, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos cuando éstos afecten a su existencia *erga omnes* y a sus normas de funcionamiento.

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

v) inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a deposito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en Caribe el depósito o registro;

- vi) reconocimiento y ejecución en territorio caribeño de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero;
- vii) medidas conservatorias que sean ejecutable en Caribe;
- viii) los procesos relativos a la determinación de la nacionalidad caribeña.

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

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

- i) Se fundamenta en un acuerdo de elección de foro posterior al nacimiento del litigio; o
- ii) Ambos contratantes tenían su domicilio en Caribe en el momento de celebración del contrato; o
- iii) El demandante sea el consumidor, trabajador, asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro.

2. La competencia así establecida se extenderá a la propia validez del acuerdo de elección de foro, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el apartado siguiente.

El acuerdo de elección de foro es aquel por el cual las partes acuerdan someter a los tribunales caribeños o a uno de ellos cualquier litigio que hubiera surgido o que pudiera surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o delictual. Salvo pacto entre contrario entre las partes, el acuerdo de elección de foro establece una competencia exclusiva.

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

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

**Art. 11. Foro general del domicilio del demandado y competencia especiales** 1. En materias distintas a las contempladas en el art. 8, y si no mediara sumisión válida a los tribunales caribeños de conformidad con el art. 9, los tribunales caribeños resultarán asimismo competentes cuando el demandado tenga su domicilio en Cari-

be o se repute domiciliado en ella, de acuerdo a cualquiera de los foros establecidos en los arts. 13 y 14.

2. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los tribunales caribeños cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en Caribe, siempre que la demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que aconsejen su acumulación.

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

**Art. 13. *Derecho de la persona y de la familia.*** Sin perjuicio de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales caribeños serán competentes:

i) en materia de declaración de desaparición o fallecimiento, cuando la persona sometida a tal medida hubiere tenido su última residencia habitual en territorio caribeño; los tribunales caribeños conocerán también de la declaración de desaparición o fallecimiento cuando se trate de una cuestión incidental a la causa principal de la que estén conociendo;

ii) en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapaces, cuando el menor o incapaz tenga su domicilio/residencia habitual en el Caribe;

iii) en materia de medidas de protección de la persona o bienes de los mayores, cuando el mayor tenga su domicilio/residencia habitual en el Caribe –si se quiere una norma especial sobre mayores;

iv) en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda, o hayan tenido su última residencia habitual común en Caribe y el demandante continúe residiendo en Caribe al tiempo de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad común caribeña;

v) en materia de filiación cuando el hijo tenga su residencia habitual en Caribe al tiempo de la demanda, o el demandante sea caribeño y resida habitualmente en Caribe desde al menos seis meses antes de la interposición de la demanda;

vi) en materia de constitución de la adopción, el adoptando resida habitualmente en Caribe o cuando adoptante y adoptando posean la común nacionalidad caribeña;

vii) en materia de alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio caribeño y cuando la acción alimenticia se plantee dentro de un procedimiento relativo al estado civil para el que los tribunales caribeños posean competencia.

**Art. 14. Derecho patrimonial.** 1. En defecto de los criterios señalados en los artículos precedentes los tribunales caribeños serán competentes en las siguientes materias:

i) obligaciones contractuales, cuando estas hayan nacido o deban cumplirse en Caribe;

ii) obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido o pudiese producirse en territorio caribeño o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en Caribe; también serán competentes los tribunales caribeños que resulten competentes en materia penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil por daños derivados del ilícito penal;

iii) litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento comercial, cuando éstos se encuentren en territorio caribeño:

iv) contratos celebrados por consumidores, cuando el consumidor tenga su domicilio en Caribe y la otra parte ejerciere actividades profesionales en Caribe, o por cualquier medio hubiere dirigido su actividad comercial hacia Caribe y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. En otro caso, se aplicará la regla contenida en el apartado i);

v) seguros, cuando el asegurado, tomador, perjudicado o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en Caribe; también podrá ser demandado el asegurador ante los tribunales caribeños si el hecho dañoso se produce en territorio caribeño y se trata de un contrato de seguro de responsabilidad civil o referido a bienes inmuebles o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Juzgados o tribunales caribeños fueran competentes para conocer de la acción de la víctima contra el asegurado en virtud del apartado ii).

vi) acciones relativas a bienes muebles, si estos se encuentran en territorio caribeño al tiempo de la demanda;

vii) sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio caribeño o posea bienes inmuebles en Caribe.

2. En los contratos de trabajo, los empleadores podrán ser demandados ante los tribunales caribeños si el trabajo se desempeñare habitualmente en Caribe; o, en caso de que el trabajo no se desempeñase habitualmente en un único Estado, si el establecimiento que hubiese empleado al trabajador estuviere situado en Caribe.

**Art. 15. Forum necessitatis.** 1. Los tribunales caribeños son competentes cuando es demostrado que el litigio presenta una vinculación a Caribe hasta el punto que puede ser útilmente tratado en ellos y

i) un juicio en país extranjero es *de jure* o *de facto* imposible, o

ii) el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en el caso resulta denegada en Caribe.

2. Cuando el demandante esté domiciliado en Caribe o tenga la nacionalidad caribeña, se considera cumplido el criterio de vinculación útil.

**Art. 16. Medidas conservatorias.** Los tribunales caribeños serán competentes cuando se trate de adoptar medidas conservatorias respecto

- i) de personas o bienes que se encuentren en territorio caribeño y deban cumplirse en Caribe;
- ii) de situaciones litigiosas que correspondan al ámbito de su competencia.

**Art. 17. Incompetencia de los tribunales caribeños.** 1. No serán competentes los tribunales caribeños en aquellos casos en que las disposiciones de la presente ley o de los tratados internacionales de los que Caribe sea parte no les atribuyen competencia.

2. En caso de incomparecencia del demandado la excepción de incompetencia debe ser alegada antes de cualquier alegación en cuanto al fondo, so pena de que sea declarada inadmisibile.

3. En caso de incomparecencia del demandado, los tribunales caribeños deben declararse incompetentes.

4. Los tribunales caribeños se declaran de oficio incompetentes cuando se lleva ante ellos una demanda para la cual los tribunales de otro Estado que haya adoptado la presente ley son exclusivamente competentes en virtud del art. 9.

**Art. 18. Forum non conveniens** 1. Los tribunales caribeños pueden, a instancia del demandado, declinar su competencia en razón de hechos exteriores al territorio caribeño si:

- i) es útil recoger testimonios de personas que residen en el extranjero et que la recogida de esos testimonios en el extranjero o la comparecencia delos testigos ante el tribunal caribeño fuera excesivamente onerosa para una u otra de las partes; o
- ii) es útil que el juez proceda a verificaciones personales sobre hechos litigiosos
- iii) cometidos en el extranjero.

2. Los tribunales caribeños declinan su competencia cuando la ley aplicable les supone poderes que no les confiere la ley caribeña y que habría que ejercer en el litigio del que se trate.

**Art. 19. Litispendencia.** 1. Cuando con anterioridad a la presentación de la demanda ante la jurisdicción caribeño se hubiere formulado otra demanda entre las mismas partes, objeto y causa ante los tribunales de otro Estado, los tribunales caribeños suspenderán el procedimiento hasta tanto el tribunal extranjero ante el que se interpuso la primera demanda decida sobre su competencia. Si el tribunal extranjero ante el que se formuló la primera demanda se declarase competente amparándose en un foro de competencia considerado como razonable por las nor-

mas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, el tribunal caribeño ante el que se hubiera presentado la segunda demanda declinará su competencia.

2. La excepción de litispendencia no se admite si la demanda se interpuso ante el tribunal caribeño en base a las disposiciones del art. 8. La excepción no se admite tampoco si la demanda se interpuso ante el tribunal caribeño en base a un acuerdo de elección de foro que es conforme al art. 9 y confiere exclusividad al foro elegido.

**Art. 20.** *Excepción de conexidad.* Cuando dos demandas están ligadas entre sí por un vínculo tan estrecho que existe un interés en instruir las y juzgarlas al mismo tiempo et si una es formulada ante un tribunal extranjero y la otra ante un tribunal caribeño, el tribunal caribeño puede, a instancia de una parte y toda vez que no se dé uno de los casos de competencia exclusiva previstos por los artículos 9 y 10, inhibirse a condición de que el tribunal extranjero sea competente para conocer de las demandas en cuestión y su ley permita que se juzguen juntas.

**Art. 21.** *Competencia interna.* Cuando las jurisdicciones caribeñas son competentes en virtud de la presente ley, la competencia de atribución y la competencia territorial son, en caso de que sea necesario, determinadas por las disposiciones pertinentes del código de procedimiento civil.

En caso de haber disposiciones susceptibles de fundamentar la competencia territorial, ésta se determina por transposición de los foros de competencia internacional. Cuando esta transposición no permite determinar la competencia territorial, la demanda se interpone ante el tribunal elegido por el demandante en el respeto de las exigencias de buena administración de la justicia y de economía procesal.

### TÍTULO III DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

#### Capítulo Primero Normas reguladoras

##### SECCIÓN PRIMERA PERSONA

**Art. 22.** *Goce y ejercicio de derechos.* 1. El nacimiento y el fin de la personalidad jurídica se rige por el Derecho caribeño.

2. El ejercicio de los derechos civiles se rige por la ley del domicilio.

**Art. 23.** *Capacidad y estado civil.* 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, la capacidad y el estado civil y de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio. No obstante, las condiciones especiales de capacidad prescritas por la ley aplicable a una determinada relación jurídica, se regirán por la ley rectora de esa relación jurídica.

Se exceptúan los supuestos de incapacidad regulados en el art. 50.

2. El cambio de domicilio no restringe la capacidad ya adquirida.

**Art. 24.** *Derechos de la personalidad.* 1. La existencia y el contenido de los derechos de la personalidad se rigen por la ley del domicilio de la persona. No obstante, los derechos de la personalidad que deriven de una relación familiar o sucesoria se rigen por la ley aplicable a esta relación.

2. Las consecuencias de la violación de los derechos señalados en el párrafo anterior se rigen por la ley aplicable a la responsabilidad por hechos ilícitos.

**Art. 25.** *Nombres y apellidos.* 1. Los nombres y apellidos de una persona se rigen por la ley del domicilio en el momento de su nacimiento.

No obstante, en el momento de la inscripción del nacido, los padres de común acuerdo o quién de ellos ostente la responsabilidad parental, podrán determinar que el nombre y los apellidos se rijan por la ley nacional del interesado.

2. En todo caso, la declaración de nacimiento de una persona y su inscripción en los correspondientes registros caribeños se rige por la ley caribeña.

**Art. 26.** *Declaración de desaparición o de fallecimiento.* La declaración de desaparición o de fallecimiento se rige por la ley del Estado donde la persona tuviere su domicilio antes de su desaparición.

La administración provisional de los bienes del desaparecido se regirá por la ley del Estado en cuyo territorio el ausente tuviese su domicilio y, si ésta no puede determinarse, por el Derecho caribeño.

**Art. 27.** *Sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada.* 1. Las sociedades comerciales y las empresas individuales de responsabilidad limitada se rigen por el Derecho de acuerdo con el cual se han constituido.

2. La ley aplicable a las sociedades comerciales y a las empresas individuales de responsabilidad limitada comprende:

- i) la existencia, capacidad y naturaleza de la sociedad;
- ii) el nombre y sede social;
- iii) la constitución, disolución y liquidación;
- iv) la composición, los poderes y el funcionamiento de los órganos sociales.
- v) las relaciones internas entre los socios y las relaciones entre la sociedad y los socios; así como los deberes de carácter societario de los administradores.
- vi) la adquisición, pérdida y transmisión de la calidad de socio;
- vii) los derechos y obligaciones correspondientes a las acciones o participaciones y su ejercicio;
- viii) la responsabilidad de socios y administradores por la infracción de la normativa societaria o de los Estatutos sociales;
- ix) el alcance de la responsabilidad frente a terceros de la sociedad como consecuencia de la actuación de sus órganos.

**Art. 28.** *Traslado de la sede social.* El traslado de la sede estatutaria de una sociedad comercial o de una empresa individual de responsabilidad limitada de un Estado a otro únicamente afectará a la personalidad en los términos permitidos por los Derechos de dichos Estados. En caso de traslado de sede estatutaria al territorio de otro Estado, la sociedad se rige por el Derecho de dicho Estado a partir de dicho traslado.

## SECCIÓN SEGUNDA RELACIONES DE FAMILIA

**Art. 29.** *Celebración del matrimonio.* 1. La capacidad para contraer matrimonio se regirá por el Derecho del domicilio de cada contrayente.

2. Los requisitos de fondo y forma de un matrimonio celebrado en Caribe se regirán por la ley caribeña.

3. Un matrimonio celebrado en el extranjero se reputará válido si lo es de conformidad con la ley del lugar de celebración o si es reconocido como tal por la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges

**Art. 30. Relaciones personales entre los cónyuges.** Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por la ley del domicilio conyugal común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio; a falta de dicho domicilio, por la ley de la nacionalidad común en el momento de celebración del matrimonio y, en su defecto, por la ley del lugar de celebración del matrimonio.

**Art. 31. Relaciones patrimoniales en el matrimonio.** 1. Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regirán por cualquiera de las leyes siguientes, elegidas por los contrayentes antes de la celebración del matrimonio:

- i) la ley de la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes el momento de la designación;
- ii) la ley del domicilio de cualquiera de los contrayentes en el momento de la designación;
- iii) la ley del domicilio de cualquiera de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

La elección de cualquiera de estas leyes deberá ser expresa y constar por escrito y se referirá a la totalidad del patrimonio conyugal.

2. A falta de una tal elección, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regirán por la ley aplicable a las relaciones personales de conformidad con el art. 31 de la presente ley.

3. Los cónyuges podrán convenir por escrito durante el matrimonio someter su régimen matrimonial la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos.

Esta elección no podrá perjudicar los derechos de terceros.

4. La ley rectora de las relaciones patrimoniales entre cónyuges de conformidad con los apartados anteriores, sea elegida o no, será la aplicable hasta que los cónyuges no hayan elegido válidamente una nueva ley, con independencia de los posibles cambios en la nacionalidad o el domicilio de cualquiera de ellos.

**Art. 32. Nulidad del matrimonio.** Sin perjuicio de lo dispuesto en otras disposiciones de la presente ley, las causas de nulidad del matrimonio y sus efectos se regirán por la ley aplicable a su celebración.

**Art. 33. *Divorcio y separación judicial.*** 1. Los cónyuges podrán convenir por escrito antes o durante el matrimonio en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

- i) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su domicilio común en el momento de la celebración del convenio;
- ii) la ley del Estado del último lugar del domicilio conyugal, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;
- iii) la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio.

2. En defecto de elección, se aplicará la ley del domicilio común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; en su defecto, la ley del último domicilio conyugal común siempre que al menos uno de los cónyuges aún resida allí; en su defecto, la ley caribeña.

3. Una vez presentada la demanda, los cónyuges podrán decidir que la separación conyugal o el divorcio se rijan por la ley caribeña.

**Art. 34. *Uniones no matrimoniales.*** 1. La ley del lugar de la constitución de las uniones no matrimoniales registradas o reconocidas por la autoridad competente registrará las condiciones de constitución o registro, los efectos sobre los bienes de la unión y las condiciones de disolución de la unión no matrimonial.

2. Los convivientes podrán convenir por escrito durante la vigencia de la unión someter su régimen patrimonial a la ley del domicilio o de la nacionalidad de cualquiera de ellos.

Esta elección no podrá perjudicar los derechos de terceros

3. Todo efecto de la unión que no tenga atribuida una solución específica por la presente ley se someterá a la ley de la residencia habitual de los convivientes.

**Art. 35. *Determinación de la filiación.*** 1. La filiación se registrará por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del nacimiento.

2. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de interposición de una acción judicial de filiación si resultase más favorable al hijo.

3. El reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad será válido si se ajusta a la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del nacimiento o en el momento del reconocimiento, o a la residencia habitual o la nacionalidad de quien efectúa dicho reconocimiento.

**Art. 36. *Adopción de menores.*** Se aplicará la ley caribeña a la adopción constituida por autoridad caribeña. No obstante, se tendrán en cuenta los requerimientos relativos a los consentimientos y autorizaciones necesarios exigidos por la ley nacional o de la residencia habitual del adoptando o del adoptante.

**Art. 37. *Adopción de mayores.*** La adopción de un mayor de edad se regirá por la ley de su domicilio en el momento de la constitución.

#### SECCIÓN TERCERA

#### PROTECCIÓN DE INCAPACES Y OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

**Art. 38. *Responsabilidad parental y protección de menores.*** 1. La responsabilidad parental u otra institución análoga se regirá por la ley de la residencia habitual del hijo.

2. Las medidas de protección sobre la persona o bienes de un menor se regularán por la ley de Caribe. No obstante, la autoridad competente podrá aplicar la ley de la residencia habitual del menor si es más favorable al interés superior del niño

3. Será aplicable la ley caribeña para adoptar con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del menor incapaz

4. En la aplicación de las leyes mencionadas en los párrafos anteriores se tendrá imperativamente en cuenta el interés superior del niño.

**Art. 39. *Protección de incapaces mayores.*** 1. Los supuestos y los efectos de las medidas de protección de incapaces mayores de edad se regirán por la ley de la residencia habitual del incapaz.

2. Será aplicable la ley caribeña para adoptar con carácter provisional medidas de carácter protector y urgente a la persona o los bienes del mayor incapaz.

**Art. 40. *Obligaciones alimenticias.*** 1. Las obligaciones alimenticias se rigen por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor. En caso de cambio de residencia habitual se aplica la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.

2. No obstante, se aplicará la ley caribeña si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor conforme a la ley designada en el apartado 1.

3. La ley aplicable a la nulidad matrimonial, separación conyugal y divorcio, regirá las obligaciones alimenticias entre los cónyuges o ex cónyuges resultantes de tales situaciones.

4. En la aplicación de las leyes enumeradas en los apartados anteriores se tendrá en todo caso en consideración la capacidad del deudor y la necesidad del acreedor.

SECCIÓN CUARTA  
SUCESIONES Y DONACIONES

**Art. 41.** *Sucesión por causa de muerte.* 1. La sucesión por causa de muerte se rige por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, esta ley se aplicará a cualquier sucesión con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar donde se encuentren.

2. El testador podrá someter la totalidad de su sucesión a la ley de su domicilio o de su nacionalidad en el momento de la elección. La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o habrá de resultar de forma indubitada de los términos de una disposición de ese tipo.

3. Los testamentos otorgados de conformidad con la ley del domicilio del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley rectora de la sucesión. En todo caso, las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga de los que pudieran ser beneficiarios el cónyuge o los hijos del causante se ajustarán, en su caso, a la ley rectora de la sucesión de conformidad con los apartados primero y segundo del presente artículo.

4. Los pactos sucesorios que afecten a una sola sucesión celebrados de conformidad con la ley del domicilio del causante en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley rectora de la sucesión. Los pactos sucesorios que afecten a más de una sucesión se regirán por la ley del domicilio de cualquiera de los otorgantes elegida de forma expresa por todos ellos; en ausencia de elección, por la ley del domicilio común de los otorgantes en el momento de la celebración del pacto; en su defecto, por su ley nacional común y en defecto de esta, por la ley más estrechamente vinculada al pacto, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

En todo caso, las legítimas u otros derechos de naturaleza análoga de los que pudieran ser beneficiarios el cónyuge o los hijos del causante se ajustarán, en su caso, a la ley rectora de la sucesión de conformidad con los apartados primero y segundo del presente artículo.

5. La partición de la herencia se rige por la ley aplicable a la sucesión, a menos que los llamados a la herencia hayan designado, de común acuerdo, la ley del lugar de la apertura de la sucesión o del lugar en que se encuentra la mayor parte de los bienes hereditarios.

**Art. 42.** *Forma de las disposiciones testamentarias.* Las disposiciones testamentarias serán válidas en cuanto a la forma si se ajustan a lo dispuesto por la ley del lugar de disposición, o por la ley del domicilio del causante en el momento de la

disposición o en el momento del fallecimiento, o por la ley nacional del causante en el momento de la disposición o en el momento del fallecimiento.

**Art. 43. Sucesión del Estado.** Cuando la ley aplicable a la sucesión, en el caso de que no haya herederos, no atribuya la sucesión al Estado, los bienes sucesorios ubicados en Caribe pasa a ser propiedad del Estado caribeño.

**Art. 44. Donaciones.** 1. Las donaciones se rigen la ley del domicilio del donante al momento de la donación.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el donante puede, por declaración expresa conjuntamente con la donación, someterla a la ley de su nacionalidad.

3. La donación es válida, en cuanto a la forma, si es considerada como tal por la ley que rige su contenido o por la ley del Estado en donde se realiza.

#### SECCIÓN QUINTA OBLIGACIONES CONTRACTUALES

**Art. 45. Autonomía de la voluntad.** 1. El contrato se rige por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en su defecto, debe desprenderse de forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de la ley aplicable.

2. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a una ley distinta de aquella por el que se regía anteriormente, independientemente de si la ley anterior era aplicable en virtud de una elección anterior o en virtud de otras disposiciones de la presente Ley. El cambio de la ley aplicable no afectará a los derechos de terceros.

**Art. 46. Determinación de la ley aplicable a falta de elección.** 1. Si las partes no hubieran elegido una ley aplicable, o si su elección resultara ineficaz, la ley aplicable al contrato se determinará por las siguientes disposiciones:

i) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;

ii) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

iii) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

iv) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;

v) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

vi) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;

vii) el contrato que tenga por objeto principal la explotación de derechos de propiedad industrial o intelectual se regirá por la ley del país de explotación de los derechos en el caso de que estos sean relativos a un único país; cuando sean relativos a más de un país, se aplicará la ley de la residencia habitual del titular del derecho

2. Cuando el contrato sea distinto de los previstos en el apartado precedente, la ley aplicable será la del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

**Art. 47. *Contratos de trabajo.*** 1. La ley aplicable al contrato individual de trabajo será la elegida por las partes de conformidad con el art. 45, que sólo se aplicará en la medida en que no aminore los estándares de protección del trabajo previstos en la ley aplicable establecida de conformidad con el apartado siguiente.

2. Los contratos de trabajo se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la prestación laboral, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.

3. Cuando no pueda determinarse el lugar donde habitualmente se realiza la prestación laboral, la ley aplicable será la del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato.

**Art. 48. *Contratos celebrados por consumidores.*** 1. Los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional o empresario que por cualquier medio dirija su actividad comercial al país de la residencia habitual del consumidor y se hallen comprendidos en el marco de tal actividad, quedan sometidos a las disposiciones siguientes.

2. La elección por las partes de la ley aplicable a tales contratos no podrá aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la ley de la residencia habitual del consumidor.

4. La ley aplicable al contrato en ausencia de elección conforme al art. 45, será la del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual.

3. Las reglas contenidas en los anteriores apartados serán aplicables a los contratos de seguros.

**Art. 49. *Ámbito de la ley aplicable.*** La ley aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior comprende principalmente:

- i) su interpretación;
- ii) los derechos y las obligaciones de las partes;
- iii) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- iv) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- v) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato;
- vi) la adquisición y pérdida *inter partes* de un derecho real en los términos del art. 56.2°.

**Art. 50. *Incapacidad.*** En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en Caribe, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley caribeña solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

**Art. 51. *Forma.*** 1. Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige dicho contrato según los artículos precedentes o con los fijados en el Derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.

2. Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el Derecho que rige el contrato o con los previstos en el lugar donde se realiza la oferta o la aceptación o con los previstos en la ley del lugar de su ejecución.

## SECCIÓN SEXTA OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

**Art. 52. *Norma general.*** 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso será la ley elegida por el responsable y la víctima.

La elección de la ley aplicable deberá ser expresa o resultar de manera evidente de las circunstancias del caso.

2. En su defecto, se aplicará la ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión; no obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de ese país.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados precedentes, se aplicará la ley de este otro país.

**Art. 53. Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.** 1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será:

i) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país;

ii) en su defecto, la ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país;

iii) en su defecto, la ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país;

iv) en su defecto, la ley del país en que radica el establecimiento del responsable.

2. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el apartado precedente, se aplicará la ley de este otro país.

**Art. 54. Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia.** 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados.

2. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.

3. Los actos de competencia desleal que afecten exclusivamente a los intereses de un competidor en particular se regirán por la norma general del art. 52.

4. Sólo será posible elegir la ley aplicable conforme al art. 52 en lo relativo a las consecuencias económicas que para las partes derivan de estas obligaciones extracontractuales.

**Art. 55. Daño medioambiental.** La responsabilidad por daños medioambientales se regirá, a elección de la víctima, por la ley del lugar de manifestación del daño o del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño.

**Art. 56. Infracción de los derechos de propiedad intelectual.** 1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de propiedad industrial, será la ley del país para el que se reclame la protección.

2. Sólo será posible elegir la ley aplicable conforme al art. 52 en lo relativo a las consecuencias económicas que para las partes derivan de estas obligaciones extracontractuales.

**Art. 57. Ámbito de la ley aplicable.** La ley aplicable a la obligación extracontractual regula, en particular:

- i) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos;
- ii) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad;
- iii) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;
- iv) las medidas para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño;
- v) la transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización;
- vi) las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente;
- vii) la responsabilidad por actos de terceros;
- viii) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.

#### SECCIÓN SÉPTIMA

##### BIENES

**Art. 58. Posesión y derechos reales.** 1. La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles, así como su publicidad, se rigen por la ley del Estado en el cual se encuentran los bienes.

2. La misma ley rige la adquisición, alteración y pérdida de la posesión, propiedad y demás derechos reales, salvo en materia sucesoria y en los casos en que la atribución de un derecho real dependa de una relación de familia o de un contrato. Se entenderá que el lugar de situación del bien es aquel en el que se encuentre el

bien objeto del derecho en el momento de producirse el acto determinante de dichos efectos jurídicos.

**Art. 59.** *Derechos reales sobre los bienes en tránsito.* Los derechos reales sobre los bienes en tránsito se rigen por la ley del lugar de su destino.

**Art. 60.** *Derechos reales sobre medios de transporte.* Los derechos reales sobre automóviles, ferrocarriles, aeronaves o buques se rigen por la ley del país de su pabellón, matrícula o registro.

**Art. 61.** *Derechos de propiedad intelectual.* Los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derechos de propiedad industrial, se regirán por la ley del país para el que se reclame la protección.

**Art. 62.** *Derechos sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta.* Los derechos reales sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta se regirán por la ley del Estado en el que esté situada la cuenta principal, entendiéndose por cuenta principal aquella en la que se realizan las anotaciones correspondientes.

## **Capítulo II**

### **Normas de aplicación**

**Art. 63.** *Determinación de la ley extranjera.* 1. Los tribunales y autoridades caribeños aplican de oficio las normas de conflicto del presente Título o aquellas insertas en los tratados internacionales de los que Caribe sea parte.

2. Los tribunales y autoridades aplican la ley designada por las normas de conflicto designadas en el apartado anterior. Para este fin el juez puede utilizar:

- i) los instrumentos indicados por los convenios internacionales;
- ii) los dictámenes de expertos del país cuya ley se pretende aplicar;
- iii) los dictámenes de instituciones especializadas de Derecho comparado;
- iv) cualquier otro documento que acredite el contenido, la vigencia y la aplicación al caso concreto de dicha ley.

3. Si, incluso con el concurso de las partes, el juez no puede llegar a establecer la ley extranjera designada, determinará la ley aplicable mediante otros criterios de relación previstos eventualmente para la misma hipótesis normativa. En su defecto se aplica la ley caribeña.

**Art. 64.** *Interpretación.* 1. Los jueces y autoridades caribeños están obligados a aplicar la ley extranjera tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho

resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

2. La ley extranjera se aplica según sus propios criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo.

**Art. 65. Derecho público extranjero.** La ley extranjera reclamada por la norma de conflicto se aplica aunque esté contenida en una disposición de Derecho público.

**Art. 66. Adaptación.** Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

**Art. 67. Exclusión del reenvío.** La ley extranjera designada por la norma de conflicto es su ley material, con exclusión del reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otro Derecho, incluido el caribeño.

**Art. 68. Orden público.** 1. No se aplica la ley extranjera si sus efectos son manifiestamente incompatibles con el orden público internacional. Dicha incompatibilidad se aprecia teniendo en cuenta la vinculación de la situación jurídica con el orden jurídico caribeño y la gravedad del efecto que produciría la aplicación de semejante ley.

2. Admitida la incompatibilidad, se aplicará la ley señalada mediante otros criterios de conexión eventualmente previstos para la misma norma de conflicto y, si esto no es posible, se aplicará la ley caribeña.

3. A los efectos de los párrafos precedentes se entiende por orden público internacional el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico caribeño y que reflejan los valores de la sociedad en el momento de ser apreciado.

4. El orden público caribeño comprende las disposiciones o principios imperativos no derogables por la voluntad de las partes.

**Art. 69. Disposiciones imperativas.** 1. Las disposiciones del Capítulo I del presente Título no restringirán la aplicación de las normas cuya observancia Caribe considere esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación.

2. Los tribunales caribeños pueden, si lo consideren pertinente, dar efecto a las disposiciones imperativas de otro Estado con el cual la relación jurídica tenga vínculos estrechos.

**Art. 70.** *Ordenamientos jurídicos plurilegislativos.* 1. Si en el ordenamiento del Estado designado por las disposiciones normativas de la presente ley coexisten más de un sistema normativo con competencia territorial o personal, la ley aplicable se determina según los criterios utilizados por aquel ordenamiento.

2. Si tales criterios no pueden ser individualizados, se aplica el sistema normativo con el cual el caso concreto presente el vínculo más estrecho.

**Art. 71.** *Derechos adquiridos.* Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en Caribe, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

## TÍTULO IV EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

### Capítulo I Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

**Art. 72.** *Concepto de resolución.* Se entenderá por resolución cualquier decisión adoptada por un tribunal o autoridad equivalente de un Estado con independencia de la denominación que recibiere el procedimiento del que deriva la resolución o la resolución misma, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución.

**Art. 73.** *Reconocimiento y ejecución en general.* 1. Para que una resolución pueda ser reconocida, deberá tener en el Estado de origen el efecto cuyo reconocimiento se pretende en el Estado requerido.

2. Para que una resolución pueda ser ejecutada, deberá ser ejecutoria en el Estado de origen.

3. El reconocimiento o la ejecución podrán ser pospuestos o denegados si la resolución ha sido objeto de un recurso ordinario en el Estado de origen o si el plazo para interponerlo no hubiese expirado.

4. Cuando la resolución extranjera incluya partes que sean separables del resto, una o más de ellas serán susceptibles de ser reconocidas o ejecutadas por separado.

**Art. 74.** *Causas de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones.* Las resoluciones extranjeras no se reconocerán:

- i) si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público;
- ii) cuando la cédula de emplazamiento o documento equivalente no se hubiere entregado al demandado de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que el demandado hubiera comparecido sin impugnar la notificación en el tribunal de origen, siempre que la ley del Estado de origen permita que la notificación sea impugnada;
- iii) si se hubieran desconocido las disposiciones establecidas en el art. 9 de la presente ley o si la competencia del tribunal extranjero no estuviera basada en alguno de los criterios establecidos en el Capítulo II de esta ley o en una conexión razonable de naturaleza equivalente;
- iv) si un procedimiento entre las mismas partes que tuviera el mismo objeto y la misma causa estuviera pendiente ante un tribunal caribeño, cuando este procedimiento haya sido el primero en ser iniciado;
- v) si fueren inconciliables con una resolución dictada entre las mismas partes en Caribe;
- vi) si fueren inconciliables con una resolución dictada en otro Estado entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Caribe y hubiere sido adoptada con anterioridad o su reconocimiento hubiera sido ya declarado en Caribe;
- vii) si no reúnen los requisitos exigidos en el país en que ha sido dictada para ser considerada como auténtica y los que las leyes caribeños requieren para su validez.

**Art. 75.** *Procedimiento.* 1. Las resoluciones extranjeras serán reconocidas por ministerio de la ley y sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno. El reconocimiento puede ser solicitado de forma incidental, por vía de reconvención, reclamación contra coparte, o de defensa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, cualquier parte interesada podrá solicitar a la autoridad competente que decida sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución extranjera. En este caso el procedimiento de reconocimiento será el establecido por la legislación procesal para el ejecutur.

3. Para el procedimiento de ejecutur serán competentes los tribunales de primera instancia. La decisión del Tribunal de Primera Instancia será susceptible de apelación.

**Art. 76.** *Adopciones pronunciadas en el extranjero.* No se reconocerán las adopciones o las instituciones similares del Derecho extranjero cuyos efectos en orden al vínculo de filiación no sean sustancialmente equivalentes a los establecidos en el Derecho caribeño.

**Art. 77. Inmunidad de ejecución.** 1. De conformidad con las normas del Derecho internacional público sobre inmunidad de ejecución, los bienes y los activos que el Estado extranjero posea en el territorio caribeño no pueden ser objeto de medidas coercitivas a menos que los acreedores demuestren que están vinculados a una actividad de carácter exclusivamente económica. Los organismos y entidades públicas de un Estado extranjero cuyo patrimonio esté vinculado a una actividad económica relevante únicamente se beneficiarán de la inmunidad de ejecución en la medida en que acrediten que la deuda fue contraída por cuenta de dicho Estado por motivos relacionados con el ejercicio de la soberanía estatal.

2. La inmunidad de ejecución de los agentes diplomáticos acreditados en el Caribe se determina por lo tratados internacionales de los que Caribe sea parte y, en su defecto, por la costumbre internacional.

3. La inmunidad de ejecución de las Organizaciones internacionales de las que sea parte el Caribe se define por sus tratados constitutivos. Los agentes de dichas Organizaciones gozarán de inmunidad en los términos fijados por dichos tratados.

## Capítulo II

### Eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros

**Art. 78. Documentos públicos extranjeros.** 1. Se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles fuerza probatoria.

2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

i) Que haya sido otorgado por una autoridad pública u otra autoridad habilitada en el Estado de origen para tal fin.

ii) Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en Caribe.

iii) Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado. Si dicho otorgamiento o confección se ha realizado por autoridad diplomática o consular acreditada en Caribe deberán observarse los requisitos de la ley del Estado que le confiere la competencia.

iv) Que en el Estado de origen el documento haga prueba plena de la firma y de su contenido.

3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas caribeñas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

**Art. 79. Traducción.** Sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales o leyes especiales, a todo documento redactado en idioma que no sea oficial en el Estado de la recepción, se acompañará la traducción del mismo.

Dicha traducción podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugnare dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, el Secretario judicial ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado.

No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó.

## TÍTULO V DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINAL

**Art. 80. Aplicación en el tiempo.** 1. La presente ley se aplica a todos los procesos iniciados después de la fecha de su entrada en vigor, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Sin embargo, los hechos o actos jurídicos que hayan gestado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, pero que continúan produciendo efectos jurídicos, se rigen por la ley anterior para el periodo anterior a esta fecha y por la nueva ley para el periodo posterior.

2. Los jueces o autoridades caribeños que conozcan de acciones interpuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley seguirán siendo competentes si dicha competencia no está establecida en la presente ley.

Las acciones rechazadas por los jueces o autoridades caribeños por falta de competencia con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley pueden ser interpuestas de nuevo si la competencia está establecida por esta última ley, siempre que la pretensión sea susceptible de invocarse.

3. Las solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que estén pendientes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se rigen por ésta última en lo concerniente a las condiciones de reconocimiento y de ejecución.

**Art. 81. Disposición derogatoria.** Se derogan todas las disposiciones anteriores que regulen la materia objeto de esta Ley y le sean contrarias.



# AVANT-PROJET DE LOI MODÈLE OHADAC DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ \*

## TITRE I DISPOSITIONS COMMUNES

**Article premier.** *Objet de la loi.* 1. La présente loi fixe le régime des relations privées internationales en matière civile et commerciale. Elle régit en particulier :

- i) l'étendue et les limites de la juridiction caribéenne ;
- ii) la détermination du droit applicable ;
- iii) la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères.

2. Sont internationales les relations privées qui se relie à plus d'un ordre juridique par leurs éléments constitutifs, correspondant à la personne de leurs sujets, à leur objet ou à leur création.

**Art. 2.** *Matières exclues.* Sont exclus du champ d'application de la présente loi :

- i) les matières fiscale, douanière et administrative ;
- ii) la sécurité sociale ;
- iii) l'arbitrage commercial ;
- iv) la faillite et autres procédures analogues.

**Art. 3.** *Traités internationaux.* 1. Les dispositions de la présente loi s'appliquent dans la mesure où elles s'accordent avec les dispositions des Traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie. En cas de contradiction, les dispositions des traités prévalent.

2. Dans l'interprétation de ces traités, il sera tenu compte de leur caractère international et de l'exigence de leur interprétation uniforme.

**Art. 4.** *Lois spéciales.* Les dispositions de la présente loi s'appliquent sous réserve des lois spéciales réglementant les relations privées internationales. En cas de contradiction, les lois spéciales prévalent.

---

\* **Commentaire général:** Les références à « Caraïbe » ou « Caraïbes » de ce projet se réfèrent à l'État, et aux les relations avec l'État, qui choisit d'incorporer la Loi modèle.

**Art. 5. Détermination du domicile et de la résidence habituelle.** 1. Aux fins de la présente loi, on entend par :

- i) *domicile* : le lieu de la résidence habituelle ;
- ii) *résidence habituelle* :

a) le lieu où la personne physique est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir. Pour déterminer ce lieu, il est tenu compte en particulier de circonstances de nature personnelle, familiale et professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ;

b) le lieu où la société ou la personne morale a son siège social, son administration centrale ou son centre principal d'activité.

c) le lieu où est situé l'administration d'un trust ou le centre de ses principaux intérêts.

2. Aucune personne physique ne peut avoir deux ou plusieurs domiciles

## TITRE II

### ETENDUE ET LIMITE DE LA JURIDICTION CARIBÉENNE EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.

#### Chapitre I

##### Domaine de la juridiction caribéenne

**Art. 6. Domaine général de la juridiction.** 1. Les tribunaux caribéens ont juridiction sur les procédures engagées en territoire caribéen entre caribéens, entre étrangers et entre caribéens et étrangers selon ce qui est établi par la présente loi et par les Traités et conventions internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

2. Les étrangers ont accès aux tribunaux caribéens de la même manière que les nationaux et jouissent du droit à une protection juridictionnelle effective. Nul dépôt, ni caution, quelle qu'en soit la dénomination, ne pourra être exigé du demandeur ou de l'intervenant que ce soit en raison de sa qualité d'étranger ou que ce soit en raison de son défaut de domicile ou de résidence sur le territoire.

3. Les accords d'élection de for sont licites lorsque le litige revêt un caractère international. Un litige revêt un caractère international lorsqu'il comporte un élément d'extranéité correspondant à ceux visés à l'art. 1<sup>er</sup> §2.

**Art. 7. Immunité de juridiction.** 1. Conformément aux règles du droit international, l'immunité de juridiction de l'Etat étranger et de ses organes fait exception à la juridiction caribéenne. En matière civile et commerciale les tribunaux caribéens

définissent de manière restrictive le champ de cette immunité en n'y comprenant exclusivement que les litiges portant sur des actes impliquant l'exercice de la puissance publique (*actes jure imperii*).

2. L'immunité de juridiction en matière civile et commerciale des agents diplomatiques accrédités auprès de la Caraïbe est définie par les Traités et conventions internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

3. L'immunité de juridiction en matière civile et commerciale des Organisations internationales dont est membre la Caraïbe est définie par leurs traités constitutifs. Les agents de ces organisations bénéficient de l'immunité dans les termes fixés par ces traités.

**Art. 8. Exception d'arbitrage.** 1. Lorsqu'un litige couvert par une convention d'arbitrage est porté devant un tribunal caribéen alors que le tribunal arbitral est déjà saisi, le tribunal caribéen déclare la demande irrecevable.

2. Lorsqu'un litige couvert par une convention d'arbitrage est porté devant un tribunal caribéen alors que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le tribunal caribéen déclare la demande irrecevable, sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

## Chapitre II Chefs de compétence

**Article 9. Compétences exclusives.** Les tribunaux caribéens sont exclusivement compétents sur les litiges ayant pour objet :

i) les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles lorsque le bien est situé sur le territoire caribéen ;

ii) la constitution, la validité, la nullité et la dissolution de la société ou de la personne morale dont le domicile est situé sur le territoire caribéen ainsi que la validité des accords et décisions de ses organes qui affectent son existence *erga omnes* et ses règles de fonctionnement ;

iii) la constitution, la validité, la nullité, l'extinction ainsi que l'existence à l'égard des tiers du trust domicilié sur le territoire caribéen

iv) la validité ou la nullité des inscriptions effectuées sur un registre caribéen ;

v) l'inscription ou la validité des brevets d'invention et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou un enregistrement, lorsque que ce dépôt ou cet enregistrement a été demandé ou effectué en Caraïbe ;

vi) la reconnaissance et l'exécution en territoire caribéen des décisions judiciaires et des sentences arbitrales prononcées à l'étranger ;

vii) les mesures provisoires et conservatoires qui doivent être exécutées en Caraïbe ;

vii) la détermination de la nationalité caribéenne.

**Art. 10. Prorogation volontaire de la compétence des tribunaux caribéens.** 1. La compétence générale des tribunaux caribéens est prorogée lorsque ceux-ci ou l'un d'entre eux sont désignés de manière expresse ou tacite par les parties, à moins que le litige ne porte sur une des matières visées aux articles 8 et 12, auxquels il n'est pas permis de déroger par accord.

La prorogation volontaire dans les matières visées aux alinéas iv), v) et vi) de l'art. 14 est valable si :

i) elle est fondée sur un accord d'élection de for postérieur à la naissance du différend ; ou si

ii) les deux contractants ont l'un et l'autre leur domicile en Caraïbe au moment de la conclusion de l'accord ; ou si

iii) le demandeur est le consommateur, le salarié, le preneur d'assurance, l'assuré, la victime ou le bénéficiaire du contrat d'assurance.

2. La compétence ainsi établie s'étend à la question de la validité de l'accord d'élection de for, lequel doit satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe suivant.

3. L'accord d'élection de for est celui par lequel les parties sont convenues de soumettre aux tribunaux caribéens ou à l'un d'entre eux certains ou tous les différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, de nature contractuelle ou non-contractuelle. Sauf convention contraire, l'accord d'élection de for établit une compétence exclusive.

L'accord d'élection de for est constaté par écrit. Constitue un accord écrit celui qui est consigné dans un même document signé des parties, ou qui résulte d'un échange de lettres, de fax, de télégrammes, de courriers électroniques ou de tout autre moyen de télécommunication qui permette de constater l'accord et en assure la conservation et l'accessibilité ultérieure sur le mode électronique, optique ou autre.

Un échange d'écritures en demande et en défense au cours d'un procès porté devant un tribunal caribéen constitue un accord écrit lorsque l'existence de l'accord y est affirmée par une partie et non contredite par l'autre.

**Art. 11. Compétence générale fondée sur le domicile du défendeur et compétences spéciales.** 1. Dans les contentieux autres que ceux visés à l'art. 8 et à défaut de prorogation volontaire conforme à l'article 9, les tribunaux caribéens sont compétents lorsque le défendeur a ou est réputé avoir son domicile en Caraïbe, sans préjudice des compétences établies aux articles 13 et 14.

2. En cas de pluralité de défendeurs dont l'un au moins a son domicile en Caraïbe, les tribunaux caribéens sont compétents, à condition que les demandes soient

liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps.

**Art. 12. *Derogatio fori.*** Toutefois, la compétence des tribunaux caribéens résultant de l'art. 11 peut être écartée par un accord d'élection de for en faveur d'un tribunal ou des tribunaux d'un pays étranger. En ce cas, les tribunaux caribéens sursoient à statuer jusqu'à ce que le tribunal saisi sur le fondement de l'élection de for se déclare incompétent.

**Art. 13. *Droit de la personne et de la famille.*** Sans préjudice des compétences établies aux articles précédents, les tribunaux caribéens sont compétents :

i) en matière de déclaration d'absence ou de décès, lorsque la personne qui en est l'objet a eu sa dernière résidence habituelle en territoire caribéen ; les tribunaux caribéens connaissent aussi de la déclaration d'absence ou de décès lorsqu'elle forme l'objet d'une question incidente à la question principale dont ils sont saisis ;

ii) en matière d'incapacité et de mesures de protection de la personne ou des biens des mineurs et incapables, lorsque le mineur ou l'incapable a son domicile ou sa résidence habituelle en Caraïbe ;

iii) en matière de mesures de protection de la personne ou des biens des majeurs, lorsque le majeur a son domicile ou sa résidence habituelle en Caraïbe ;

iv) en matière de relations personnelles et patrimoniales entre époux, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, lorsque les époux ont tous les deux leur résidence habituelle en Caraïbe au moment de la demande ou lorsqu'ils ont eu leur dernière résidence habituelle commune en Caraïbe et que le demandeur continue de résider en Caraïbe au moment de la demande, de même que lorsque les deux époux ont tous les deux la nationalité caribéenne ;

v) en matière de filiation lorsque l'enfant a sa résidence habituelle en Caraïbe au moment de la demande ou lorsque le demandeur est Caribéen et réside en Caraïbe depuis au moins six mois au jour de la demande ;

vi) en matière de formation de l'adoption lorsque celui qui en est l'objet a sa résidence habituelle en Caraïbe ou partage avec l'adoptant la nationalité commune caribéenne.

vii) en matière d'aliments, lorsque le créancier a sa résidence habituelle en territoire caribéen et lorsque la demande d'aliments se joint à une action d'état à l'égard de laquelle les tribunaux caribéens sont compétents.

**Art. 14. *Droit patrimonial.*** 1. Sans préjudice des compétences établies aux articles précédents, les tribunaux caribéens sont compétents dans les matières suivantes :

i) les obligations contractuelles nées ou devant être exécutées en Caraïbe ;

ii) les obligations non contractuelles lorsque le fait dommageable s'est produit ou pourrait se produire en territoire caribéen ou lorsque l'auteur du dommage et la victime ont l'un et l'autre leur résidence en Caraïbe ; les tribunaux caribéens compétents en matière pénale sont également compétents pour prononcer sur la responsabilité civile des dommages découlant de l'infraction ;

iii) les litiges relatifs à l'exploitation d'une succursale, agence ou établissement commercial quand ceux-ci se situent en territoire caribéen ;

iv) les contrats conclus par les consommateurs lorsque le consommateur a son domicile en Caraïbe tandis que l'autre partie exerce en Caraïbe ou, par quelque moyen, dirige vers la Caraïbe les activités professionnelles dans le cadre desquelles le contrat a été conclu.

**Art. 15. *For de nécessité.*** 1. Les tribunaux caribéens sont également compétents lorsqu'il est établi que la cause présente un lien avec la Caraïbe tel qu'elle peut y être utilement traitée et

i) qu'une procédure à l'étranger est impossible en droit ou en fait, ou

ii) que la décision qui résulterait d'une procédure à l'étranger ne serait pas susceptible de reconnaissance en Caraïbe.

2. Lorsque le demandeur est domicilié en Caraïbe ou est titulaire de la nationalité caribéenne, la condition de lien utile est satisfaite.

**Art. 16. *Mesures provisoires et conservatoires.*** Les tribunaux caribéens sont également compétents pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires lorsque ces mesures

i) concernent des personnes ou des biens se trouvant sur le territoire caribéen et doivent y être exécutées, ou

ii) sont demandées à l'occasion d'un différend ressortissant à leur compétence.

**Art. 17. *Incompétence des tribunaux caribéens.*** 1. Les tribunaux caribéens ne sont pas compétents sur les causes qui ne leur sont pas dévolues par les dispositions de la présente loi, ni par celles des Traités et conventions internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

2. Lorsque le défendeur comparait, l'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond à peine d'irrecevabilité.

3. Lorsque le défendeur ne comparait pas, les tribunaux caribéens doivent se déclarer d'office incompétents.

4. Les tribunaux caribéens se déclarent d'office incompétents lorsqu'ils sont saisis à titre principal d'une demande pour laquelle les tribunaux d'un autre Etat ayant adopté la présente loi sont exclusivement compétents en vertu de l'article 9.

**Art. 18. *Forum non conveniens.*** 1. Les tribunaux caribéens peuvent, sur demande du défendeur, décliner leur compétence en raison de faits extérieurs au territoire caribéen si :

i) il est utile de recueillir des témoignages alors que les témoins résident à l'étranger et que le recueil de ces témoignages à l'étranger ou la comparution des témoins devant le tribunal caribéen serait excessivement onéreux pour l'une ou l'autre des parties; ou

ii) il est utile que le juge procède à des vérifications personnelles à accomplir sur des faits litigieux à l'étranger ;

iii) ces faits ont été commis à l'étranger.

2. Les tribunaux caribéens déclinent leur compétence lorsque la loi applicable leur suppose des pouvoirs qui ne leur sont pas dévolus par la loi caribéenne et qu'il y aurait lieu d'exercer en l'espèce.

**Art. 19. *Exception de litispendance.*** 1. Lorsque, avant que soit saisi le tribunal caribéen, une autre demande ayant le même objet et la même cause a été formée entre les mêmes parties devant le tribunal d'un autre Etat, les tribunaux caribéens sursoient à statuer jusqu'à ce que le tribunal étranger premier saisi se prononce sur sa compétence. Si le tribunal étranger premier saisi se déclare compétent en se fondant sur un chef de compétence jugé raisonnable au regard des règles de reconnaissance et exécution des décisions étrangères, le tribunal caribéen saisi en deuxième lieu se dessaisit.

2. Toutefois, l'exception de litispendance est repoussée si la saisine du tribunal caribéen se fonde sur les dispositions de l'article 9. L'exception est également repoussée si la saisine du tribunal caribéen se fonde sur un accord d'élection de for qui est conforme à l'art. 10 et emporte l'exclusivité du for élu.

**Art. 20. *Exception de connexité.*** Lorsque deux demandes sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps et si l'une est portée devant un tribunal étranger et l'autre devant un tribunal caribéen, le tribunal caribéen peut, sur demande d'une partie et hors les cas de compétence exclusive visés aux articles 9 et 10, se dessaisir à condition que le tribunal étranger soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction.

**Art. 21. *Compétence interne.*** Lorsque les juridictions caribéennes sont compétentes en vertu de la présente loi, la compétence d'attribution et la compétence territoriale sont déterminées au besoin par les dispositions pertinentes du code de procédure civile.

A défaut de dispositions susceptibles de fonder la compétence territoriale, celle-ci est déterminée par transposition des chefs de compétence internationale. Lorsque

cette transposition ne permet pas de déterminer la compétence territoriale, la demande est portée devant le tribunal choisi par le demandeur dans le respect des exigences de bonne administration de la justice et d'économie procédurale.

### **TITRE III DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE**

#### **Chapitre I Règles de conflit de lois**

##### SECTION PREMIÈRE PERSONNES

**Art. 22. *Jouissance et exercice des droits.*** 1. L'attribution et le terme de la personnalité juridique sont déterminés par le droit caribéen.

2. L'exercice des droits civils est régi par la loi du domicile.

**Art. 23. *Capacité et état des personnes.*** 1. Sans préjudice des autres dispositions de la présente loi, la capacité et l'état de la personne physique sont régis par la loi de son domicile. Toutefois, les conditions de capacité spécialement exigées par la loi applicable à un rapport de droit déterminé sont gouvernées par la loi régissant ce rapport de droit. Sont exceptés les cas d'incapacité visés par l'art. 50.

2. Le changement de domicile ne peut réduire une capacité acquise.

**Art. 24. *Droits de la personnalité.*** 1. L'existence et le contenu des droits de la personnalité sont régis par la loi du domicile de la personne. Toutefois, les droits de la personnalité nés d'un rapport de famille ou de succession sont régis par la loi applicable à ce rapport.

2. Les conséquences de la violation des droits mentionnés au paragraphe précédent sont régis par la loi applicable à la responsabilité civile pour fait illicite.

**Art. 25. *Nom et prénoms.*** 1. Les nom et prénoms d'une personne sont régis par la loi du domicile au moment de la naissance.

Toutefois, au moment de la déclaration de naissance, les parents d'un commun accord ou celui d'entre eux qui détient la responsabilité parentale pourront décider que les nom et prénoms de l'enfant seront régis par la loi nationale de celui-ci.

2. Dans tous les cas, la déclaration de naissance d'une personne et son inscription sur les registres caribéens sont régis par la loi de Caraïbe.

**Art. 26. Déclaration d'absence ou de décès.** La déclaration d'absence ou de décès est déterminée par la loi de l'Etat où la personne avait son domicile antérieurement à sa disparition.

L'administration provisoire des biens de l'absent sera régie par la loi de l'Etat sur le territoire duquel celui-ci avait son domicile et, si ce domicile ne peut être déterminé, par la loi de Caraïbe.

**Art. 27. Sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée.** 1. Les sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée sont régies par le droit selon lequel elles sont constituées.

2. La loi applicable aux sociétés commerciales et entreprises individuelles à responsabilité limitée gouverne :

- i) l'existence, la capacité et la nature de la société ;
- ii) le nom et le siège social ;
- iii) la constitution, la dissolution et la liquidation
- iv) la composition, les pouvoirs et le fonctionnement des organes sociaux ;
- v) les relations internes entre associés et les rapports entre la société et les associés, ainsi que les obligations de caractère social des administrateurs ;
- vi) l'acquisition, la perte et la transmission de la qualité d'associé ;
- vii) les droits et obligations afférents aux actions et parts sociales et à leur exercice ;
- viii) la responsabilité des associés et administrateurs en cas de manquement à la réglementation des sociétés ou aux statuts de la société ;
- ix) l'étendue de la responsabilité à l'égard des tiers à la société du fait des agissements de ses organes.

**Art. 28. Transfert du siège social.** Le transfert du siège statutaire d'une société ou d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée d'un Etat vers un autre affecte la personnalité dans les limites prévues par les droits desdits Etats. En cas de transfert du siège statutaire sur le territoire d'un autre Etat, la société est régie par le droit de cet Etat dès le moment du transfert.

## SECTION II RAPPORTS DE FAMILLE

**Art. 29. Formation du mariage.** La capacité de contracter mariage est régie par le droit du domicile de chacun des futurs époux.

2. Les conditions de fond et de forme du mariage sont régies par la loi caribéenne.

3. Est réputé valable le mariage célébré à l'étranger conformément de la loi du lieu de célébration ou reconnu valable par la loi du domicile ou de la nationalité de l'un ou de l'autre époux.

**Art. 30. *Rapports personnels entre époux.*** Les rapports personnels entre époux sont régis par la loi du domicile conjugal immédiatement établi après la célébration ; à défaut d'un tel domicile, par la loi de la nationalité commune au moment de la célébration et, à défaut de nationalité commune, par la loi du lieu de célébration.

**Art. 31. *Rapports patrimoniaux dans le mariage.*** 1. Les rapports patrimoniaux entre époux sont régis par la loi qui a été désignée par les époux préalablement à la célébration du mariage parmi les lois suivantes :

- i) la loi nationale de l'un des époux au moment de cette désignation ;
- ii) la loi du domicile de l'un des époux au moment de cette désignation ;
- iii) la loi du domicile de l'un des époux après la célébration du mariage.

Le choix de l'une de ces lois devra être exprès et être consigné dans un écrit ; il porte sur l'ensemble des biens du ménage.

2. A défaut de cette désignation, les rapports patrimoniaux entre les époux sont régis par la loi applicable aux relations personnelles d'après les dispositions de l'art. 30.

3. Les époux peuvent au cours du mariage convenir par écrit de soumettre leur régime matrimonial à la loi du domicile ou de la nationalité de l'un d'eux.

4. La loi gouvernant les rapports patrimoniaux entre époux conformément aux paragraphes précédents, qu'elle soit choisie ou non, est applicable aussi longtemps que les époux n'ont pas choisi valablement une autre loi, indépendamment des éventuels changements de nationalité ou de domicile de l'un ou de l'autre d'entre eux.

**Art. 32. *Nullité du mariage.*** Sans préjudice des autres dispositions de la présente loi, les causes de nullité du mariage sont déterminées par la loi applicable à sa célébration.

**Art. 33. *Divorce et séparation de corps.*** 1. Les époux peuvent convenir par écrit avant ou au cours du mariage de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse d'une des lois suivantes :

- i) la loi de l'Etat dans lequel les époux ont leur domicile commun au moment de la conclusion de la convention ;
- ii) la loi de l'Etat du lieu du dernier domicile conjugal, si l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ;

iii) la loi de la nationalité commune des époux au moment de la conclusion de la convention.

2. A défaut de convention de choix, sera applicable la loi du domicile commun des époux au moment de la saisine de la juridiction ; à défaut d'un tel domicile, la loi du dernier domicile conjugal si au moins un des deux époux y réside encore ; à défaut, la loi caribéenne.

3. Après l'introduction de la demande, les époux peuvent décider que la séparation de corps ou le divorce sera régi par la loi caribéenne.

**Art. 34. Unions non conjugales.** 1. La loi du lieu de constitution des partenariats enregistrés ou reconnus par l'autorité compétente détermine les conditions de formation et d'enregistrement, les effets sur les biens et les conditions de dissolution de l'union.

2. Les partenaires peuvent convenir par écrit au cours de l'union de soumettre leurs relations patrimoniales à la loi du domicile ou de la nationalité de l'un d'eux.

Cette convention ne peut préjudicier aux droits des tiers.

3. Tout effet de l'union qui ne reçoit pas une solution spécifique de la présente loi est soumis à la loi de la résidence habituelle des partenaires.

**Art. 35. Établissement de la filiation.** 1. La filiation est régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de la naissance.

2. Toutefois, la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de l'introduction de la demande en déclaration de filiation s'applique si elle est plus favorable à l'enfant.

3. La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle est conforme à la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de la naissance ou au moment de la reconnaissance, ou à la loi de la résidence habituelle ou à celle de la nationalité de l'auteur de la reconnaissance.

**Art. 36. Adoption des mineurs.** La loi caribéenne s'applique à l'adoption prononcée par une autorité caribéenne. Toutefois, doivent être prises en compte les conditions relatives aux consentements et autorisations nécessaires posées par la loi nationale ou de la résidence habituelle de l'adopté ou de l'adoptant.

**Art. 37. Adoption des majeurs.** L'adoption d'un majeur est soumise à loi de son domicile au moment de sa constitution.

## SECTION III

## PROTECTION DES INCAPABLES ET OBLIGATIONS ALIMENTAIRES

**Art. 38.** *Responsabilité parentale et protection des mineurs.* 1. La responsabilité parentale ou toute institution analogue est régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

2. Les mesures de protection de la personne ou des biens du mineur sont déterminées par la loi de Caraïbe. Toutefois, l'autorité compétente pourra appliquer la loi de la résidence habituelle si elle est plus favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant.

3. Les mesures conservatoires et urgentes concernant la personne ou les biens du mineur incapable seront prises à titre provisoire en application de la loi caribéenne.

4. Les lois désignées au paragraphes précédents sont mises en œuvre en prenant impérativement en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.

**Art. 39.** *Protection des majeurs incapables.* 1. Les conditions et les effets des mesures de protection des incapables majeurs sont régis par la loi de la résidence habituelle de l'incapable.

2. Les mesures conservatoires et urgentes concernant la personne ou les biens du majeur incapable seront prises à titre provisoire en application de la loi caribéenne.

**Art. 40.** *Obligations alimentaires.* Les obligations alimentaires sont régies par la loi de l'Etat de la résidence habituelle du créancier. Dès le changement de résidence habituelle, la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle s'applique.

2. Toutefois, la loi caribéenne s'applique si, d'après la loi désignée au paragraphe 1, le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur.

3. La loi applicable à l'annulation du mariage, au divorce ou à la séparation de corps régit le droit aux aliments entre conjoints ou ex-conjoints issu de ces situations.

4. La mise en œuvre des lois désignées au paragraphes précédents prendra en considération les ressources du débiteur et les besoins du créancier.

## SECTION IV

## SUCCESSIONS ET DONATIONS.

**Art. 41.** *Succession à cause de mort.* 1 La succession à cause de mort est régie par la loi du domicile du défunt au temps de son décès. Sans préjudice des dispositions des paragraphes suivants, cette loi s'applique à l'ensemble de la succession, sans considération de la nature ni du lieu de situation des biens.

2. Le testateur peut choisir de soumettre la totalité de sa succession à la loi de son domicile ou à la loi de sa nationalité au moment du choix. Le choix devra s'effectuer de manière expresse dans les formes des dispositions à cause de mort ou pourra résulter de manière certaine des termes d'une disposition de ce type.

3. Les testaments établis en conformité de la loi du domicile au jour de leur rédaction conservent leur validité quelle que soit la loi gouvernant la succession. Dans tous les cas, la réserve, la légitime et les droits de nature analogue dont peuvent être bénéficiaires le conjoint ou les enfants du défunt se régleront, le cas échéant, sur la loi que les paragraphes 1 et 2 du présent article déclarent applicable à la succession.

4. Les pactes successoraux concernant une seule succession et conclus en conformité de la loi du domicile du défunt au jour de leur conclusion conservent leur validité même si une autre loi s'avère applicable à la succession. Les pactes successoraux concernant plus d'une succession sont régis par la loi du domicile de l'un de leurs auteurs choisie par tous ; à défaut de choix, par la loi du domicile commun des auteurs au moment de la conclusion du pacte ; à défaut de domicile commun, par la loi nationale commune et, à défaut de celle-ci, par la loi avec laquelle le pacte présente les liens les plus étroits compte tenu de l'ensemble des circonstances.

Dans tous les cas, la réserve, la légitime et les droits de nature analogue dont peuvent être bénéficiaires le conjoint ou les enfants du défunt se régleront, le cas échéant, sur la loi que les paragraphes 1 et 2 du présent article déclarent applicable à la succession.

5. Le partage de la succession est régi par la loi applicable à la succession à moins que les successibles ne désignent d'un commun accord la loi du lieu d'ouverture de la succession ou celle du lieu de situation de la majeure partie des biens héréditaires.

**Art. 42. *Forme des dispositions testamentaires.*** Les dispositions testamentaires sont valables en la forme si elles répondent aux exigences de la loi du lieu de rédaction, ou de la loi du domicile du défunt au moment de l'acte ou au moment du décès, ou par la loi nationale du défunt au moment de l'acte ou au moment du décès.

**Art. 43. *Succession de l'Etat.*** Lorsqu'il n'y a pas d'héritiers, si la loi applicable à la succession ne les attribue pas à l'Etat, les biens successoraux situés en Caraïbe passent à l'Etat caribéen.

**Art. 44. *Donations.*** 1. Les donations sont régies par la loi du domicile du disposant au moment de la donation.

2. Nonobstant la disposition du paragraphe précédent, le donateur peut, par déclaration expresse ensemble avec la donation, soumettre celle-ci à la loi de sa nationalité.

3. La donation est valable en la forme si elle est considérée telle par la loi qui la régit au fond ou par la loi du pays où elle est effectuée.

## SECTION V OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

**Art. 45. *Autonomie de la volonté.*** 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou, à défaut, ressortir de manière évidente du comportement des parties et des dispositions du contrat considérées dans leur ensemble. Ce choix peut se rapporter à la totalité du contrat ou à une partie seulement.

Le choix d'un tribunal déterminé n'entraîne pas nécessairement le choix de la loi applicable.

2. A tout moment, les parties peuvent convenir que le contrat est, en tout ou partie, soumis à une loi distincte de celle qui le régissait auparavant, que ce soit en vertu d'un choix antérieur ou en vertu d'autres dispositions de la présente loi. Le changement de loi applicable ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

**Art. 46. *Détermination de la loi applicable à défaut de choix.*** 1. Si les parties n'ont pas fait choix d'une loi ou si leur choix est inefficace, la loi applicable au contrat est déterminée par les dispositions suivantes :

i) le contrat de vente de marchandises est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;

ii) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé ;

iii) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ;

iv) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ;

v) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ;

vi) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ;

vii) le contrat qui a pour objet principal l'exploitation de droits de propriété industrielle ou intellectuelle est régi par la loi du pays de l'exploitation des droits lorsque ceux-ci sont relatifs à un seul pays ; s'ils sont relatifs à plus d'un pays, la loi de la résidence habituelle du titulaire des droits s'applique.

2. Lorsque le contrat est distinct de ceux énumérés au paragraphe précédent, la loi applicable est celle du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat a sa résidence habituelle.

3. S'il résulte clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays distinct de celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.

4. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

**Art. 47. Contrats de travail.** 1. La loi applicable au contrat individuel de travail est celle que les parties ont choisie conformément à l'art. 45, qui s'applique seulement dans la mesure où elle n'affaiblit pas les standards de protection du travail prévus par la loi applicable.

2. Les contrats de travail sont régis par la loi du pays dans lequel est habituellement effectuée la prestation de travail, à moins qu'il ne ressorte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

3. Si le lieu où s'effectue habituellement la prestation de travail ne peut être déterminé, la loi applicable est celle du pays qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

**Art. 48. Contrats conclus par les consommateurs.** 1. Les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel ou entrepreneur qui, par tout moyen, dirige ses activités vers le pays de la résidence habituelle du consommateur et qui contracte dans le cadre de ces activités, sont soumis aux dispositions suivantes.

2. Le choix par les parties de la loi applicable à de tels contrats ne peut affaiblir les standards de protection du consommateur prévus par la loi de la résidence habituelle du consommateur.

3. La loi applicable au contrat à défaut de choix conforme à l'art. 45 est la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

4. Les règles énoncées aux paragraphes précédents sont applicables aux contrats d'assurance.

**Art. 49. Domaine de la loi applicable.** La loi applicable au contrat en vertu des dispositions de l'article précédent régit notamment :

- i) son interprétation ;
- ii) les droits et obligations des parties ;
- iii) l'exécution des obligations qu'engendre le contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où le paiement d'une indemnité compensatoire peut être déterminé ;
- iv) les divers modes d'extinction des obligations, y compris la prescription et la déchéance des actions ;
- v) les conséquences de la nullité ou invalidité du contrat ;

vi) l'acquisition et la perte *inter partes* d'un droit réel dans les termes de l'art. 56.2°.

**Art. 50. Incapacité.** Dans les contrats conclus entre personnes se trouvant en Caraïbe, les personnes physiques qui jouiraient de la capacité selon la loi caribéenne ne peuvent invoquer leur incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une négligence de sa part.

**Art. 51. Forme.** 1. Un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans le même Etat est valable en la forme s'il satisfait aux conditions établies par le droit qui régit ledit contrat d'après les articles précédents ou aux conditions exigées par le droit de l'Etat de sa conclusion ou du lieu de son exécution.

2. Si les personnes se trouvent dans des Etats différents au moment de la conclusion du contrat, celui-ci sera valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions établies par le droit qui régit le contrat ou s'il satisfait aux conditions prévues soit par la loi du lieu où est effectuée l'offre ou l'acceptation, soit par la loi du lieu de son exécution.

#### SECTION VI

#### OBLIGATIONS EXTRA CONTRACTUELLES.

**Art. 52. Règle générale.** La loi applicable à une obligation extracontractuelle résultant d'un fait dommageable est la loi choisie par le responsable et victime. Le choix de la loi doit être exprès ou résulter de manière évidente des circonstances de la cause.

2. A défaut de choix, la loi du pays où le dommage se produit s'applique, quel que soit le pays où le fait générateur se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels les conséquences indirectes de fait surviennent ; toutefois, si la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique.

3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes précédents, la loi de cet autre pays s'applique.

**Art. 53. Responsabilité du fait des produits défectueux.** La loi applicable à l'obligation extracontractuelle résultant d'un dommage causé par un produit est :

i) la loi du pays dans lequel la personne lésée avait sa résidence habituelle au jour du dommage, si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

ii) à défaut, la loi du pays dans lequel le produit a été acheté, si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

iii) à défaut, la loi du pays dans lequel le dommage est survenu, si le produit a été commercialisé dans ce pays ;

iv) à défaut, la loi du pays dans lequel se situe l'établissement du responsable.

2. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe précédent, la loi de cet autre pays s'applique

**Art. 54. Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence.** 1. La loi applicable à une obligation extracontractuelle découlant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.

2. La loi applicable à une obligation extracontractuelle découlant d'une atteinte à la concurrence est la loi du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être ;

3. Les actes de concurrence déloyale qui affectent exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé relèvent de la règle générale de l'art. 52.

4. Le choix de la loi applicable conforme à l'art. 52 ne peut concerner que les conséquences économiques découlant pour les parties de ces obligations extracontractuelles.

**Art. 55. Dommage environnemental.** La responsabilité pour dommage environnemental est régie, au choix de la victime, par la loi du lieu où le dommage se produit ou par la loi du lieu où est survenu le fait générateur du dommage.

**Art. 56. Atteinte aux droits de propriété intellectuelle.** La loi applicable à une obligation extracontractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, y compris les droits de propriété industrielle, est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée.

2. Le choix de la loi applicable conforme à l'art. 52 ne peut concerner que les conséquences économiques découlant pour les parties de ces obligations extracontractuelles.

**Art. 57. Domaine de la loi applicable.** La loi applicable à l'obligation extracontractuelle régit notamment :

i) les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent ;

- ii) les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et le partage de responsabilité ;
- iii) l'existence, la nature et l'évaluation des dommages ou la réparation demandée ;
- iv) les mesures propres à assurer la prévention, la cessation ou la réparation du dommage ;
- v) la transmissibilité, y compris à cause de mort, de l'action en dommages-intérêts ou en réparation.
- iv) les personnes ayant droit à la réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi ;
- vii) la responsabilité du fait d'autrui ;
- viii) le mode d'extinction des obligations ainsi que les règles de prescription et de déchéance, y compris les règles relatives au point de départ, à l'interruption et à la suspension des délais de prescription ou de déchéance.

## SECTION VII

### BIENS

**Art. 58. *Possession et droits réels.*** 1. La possession, la propriété et les autres droits réels sur les biens meubles et immeubles sont régis par la loi de l'Etat dans lequel ils se trouvent.

2. La même loi régit l'acquisition, la modification et la perte de la possession, de la propriété et des autres droits réels, sauf dans le domaine des successions et dans les cas où l'attribution d'un droit réel dépend d'un rapport de famille ou d'un contrat. Le lieu de situation d'un bien s'entend de celui où se trouve le bien objet du droit au moment où intervient l'acte déterminant ces effets juridiques.

**Art. 59. *Droits réels sur les biens en transit.*** Les droits réels sur les biens en transit sont régis par la loi du lieu de destination.

**Art. 60. *Droits réels sur les moyens de transport.*** Les droits réels sur les automobiles, les matériels roulant ferroviaires, les aéronefs ou les bateaux sont régis par la loi du pays de leur pavillon, de leur immatriculation ou de leur enregistrement.

**Art. 61. *Droits de propriété intellectuelle.*** Les droits de propriété intellectuelle, y compris les droits de propriété industrielle, sont régis par la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée.

**Art. 62. *Droits sur les valeurs représentées au moyen d'inscriptions en compte.*** Les droits réels sur les valeurs représentées au moyen d'inscriptions en compte sont

régis par la loi de l'Etat dans lequel est situé le compte principal, lequel s'entend de celui dans lequel sont effectuées les inscriptions correspondantes.

## **Chapitre II**

### **Règles d'application**

**Art. 63. Détermination de la loi étrangère.** 1. Les tribunaux et autorités caribéennes appliquent d'office les règles de conflit du présent titre et celles stipulées dans les traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie.

2. Les tribunaux mettent en œuvre la loi désignée par les règles de conflit mentionnées au paragraphe précédent. A cette fin, le juge peut recourir :

- i) aux moyens indiqués par les conventions internationales ;
- ii) aux opinions des experts du pays dont il convient d'appliquer la loi ;
- iii) aux avis des institutions spécialisées en Droit comparé ;
- iv) à tout autre document qui établit la teneur, la positivité et l'applicabilité au cas d'espèce de ladite loi.

3. Si, même avec le concours des parties, le juge ne parvient pas à établir la loi étrangère désignée, il applique la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même hypothèse normative. A défaut, la loi caribéenne s'applique.

**Art. 64. Interprétation.** 1. Les juges et autorités caribéennes sont tenus de mettre en œuvre la loi étrangère comme le feraient les juges de l'Etat dont la loi est déclarée applicable, sans préjudice du droit des parties d'alléguer et prouver l'existence et le contenu de la loi étrangère invoquée.

2. La loi étrangère est appliquée selon ses propres critères d'interprétation et d'application dans le temps.

**Art. 65. Droit public étranger.** La loi étrangère désignée par la règle de conflit s'applique quoique elle soit contenue dans une disposition de droit public.

**Art. 66. Adaptation.** Les diverses lois qui peuvent être désignées pour régir les différents aspects d'un même rapport de droit s'appliquent en s'ajustant mutuellement de manière à atteindre les objectifs poursuivis par chacune de ces législations.

Les éventuelles difficultés de cette mise en œuvre simultanée sont résolues en tenant compte des exigences de l'équité dans le cas d'espèce.

**Art. 67. *Exclusion du renvoi.*** La loi étrangère désignée par la règle de conflit s'entend de ses dispositions de droit matériel, à l'exclusion du renvoi que ses règles de conflit feraient à un autre droit, serait-il le droit caribéen.

**Art. 68. *Ordre public.*** 1. La loi étrangère n'est pas appliquée si ses effets sont manifestement incompatibles avec l'ordre public international. L'incompatibilité s'apprécie en tenant compte des liens de la situation juridique avec l'ordre juridique caribéen et de la gravité de l'effet que produirait l'application de cette loi.

2. Lorsque l'incompatibilité est constatée, la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même règle de conflit est appliquée et, si cela s'avère impossible, la loi caribéenne s'applique.

3. Aux fins des paragraphes précédents, l'ordre public international s'entend de l'ensemble des principes qui inspirent l'ordre juridique caribéen et reflètent les valeurs de la société au moment où il est apprécié.

4. L'ordre public caribéen comprend les dispositions et principes auxquels il n'est pas permis à la volonté des particuliers de déroger.

**Art. 69. *Dispositions impératives.*** 1. Les dispositions du chapitre premier du présent titre ne limitent pas l'application des règles dont l'observation est, au regard de la Caraïbe, essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts publics, comme son organisation politique et économique, au point d'exiger leur application à toute situation comprise dans leur champ d'application.

2. Les tribunaux caribéens peuvent, s'ils le jugent approprié, donner effet aux dispositions impératives d'un autre Etat avec lequel le rapport de droit a des liens étroits.

**Art. 70. *Ordres juridiques plurilégislatifs.*** 1. Si, dans l'ordre de l'Etat désigné par les règles de conflit de la présente loi, plusieurs systèmes juridiques à ressort territorial ou personnel coexistent, la loi applicable se détermine selon les critères utilisés par cet ordre.

2. Si de tels critères ne peuvent être identifiés, le système juridique avec lequel le cas d'espèce présente le rattachement le plus étroit s'applique.

**Art. 71. *Droits acquis.*** Les situations juridiques valablement créées dans un Etat en conformité de toutes les lois avec lesquelles elles présentent un rattachement au moment de leur création, sont reconnues en Caraïbe pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux principes de son ordre public.

## TITRE IV EFFICACITÉ DES DÉCISIONS JUDICIAIRES ET DES ACTES PUBLICS ÉTRANGERS

### Chapitre I Reconnaissance et exécution des décisions étrangères

**Art. 72. *Notion de décision.*** Constitue une *décision* toute décision prononcée par la juridiction ou une autorité équivalente d'un Etat, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle que jugement, sentence, arrêt, ordonnance, décret ou mandat d'exécution, et quelle que soit la dénomination donnée à la procédure d'où elle découle.

**Art. 73. *Reconnaissance et exécution en général.*** 1. Pour qu'une décision puisse être reconnue, elle doit produire dans l'Etat d'origine l'effet dont la reconnaissance est sollicitée dans l'Etat requis.

2. Pour qu'une décision puisse être exécutée, elle doit être exécutoire dans l'Etat d'origine.

3. La reconnaissance ou l'exécution peuvent être ajournées ou refusées si la décision est dans l'Etat d'origine l'objet d'un recours ordinaire ou si le délai pour l'exercer n'y est pas expiré.

4. Quand la décision étrangère comporte plusieurs chefs qui sont séparables du reste, l'un ou plusieurs d'entre eux peuvent être reconnus ou exécutés séparément.

**Art. 74. *Motifs de refus de reconnaissance et exécution.*** Les décisions étrangères ne sont pas reconnues :

- i) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public ;
- ii) quand l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié au défendeur en forme régulière et en temps suffisant pour qu'il puisse préparer sa défense, à moins que celui-ci ait comparu devant le tribunal d'origine sans contester la notification pourvu que la loi de l'Etat d'origine permette de contester cette notification ;
- iii) si ont été méconnues les dispositions établies à l'article 9 de la présente loi ou si la compétence du tribunal étranger n'était pas fondée sur l'un des critères définis au chapitre II de la présente loi ou sur un rattachement raisonnable de nature équivalente ;
- iv) si une procédure ayant le même objet et la même cause est pendante entre les mêmes parties devant un tribunal caribéen, si elle a été introduite la première ;

v) si elles sont inconciliables avec une décision rendue entre les mêmes parties en Caraïbe ;

vi) si elles sont inconciliables avec une décision rendue dans un autre Etat entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, si cette décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance en Caraïbe et a été prononcée la première ou si sa reconnaissance a déjà été déclarée en Caraïbe ;

vii) si elles ne réunissent pas les conditions requises dans le pays dans lequel où elle a été rendue pour être considérées comme authentiques et celles que requièrent les lois caribéenne pour leur validité.

**Art. 75. Procédure.** 1. Les décisions étrangères sont reconnues de plein droit sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

2. Sans préjudice des dispositions du paragraphe 1, toute partie intéressée peut demander à l'autorité compétente de statuer sur la reconnaissance ou la non reconnaissance d'une décision étrangère. Dans ce cas, la procédure de reconnaissance suit les règles procédurales de l'exequatur.

3. L'action d'exequatur est de la compétence des tribunaux de première instance. Le jugement du tribunal de première instance est susceptible d'appel.

**Art. 76. Adoptions prononcées à l'étranger.** Les adoptions et institutions similaires de droit étranger ne sont pas reconnues lorsque leurs effets relatifs au lien de filiation ne sont pas substantiellement équivalents à ceux que produit le Droit caribéen.

**Art. 77. Immunité d'exécution.** Conformément aux règles du droit international public sur les immunités d'exécution les biens et avoirs que l'Etat étranger possède sur le territoire caribéen ne peuvent être l'objet de mesures coercitives à moins que les créanciers ne démontrent que les dettes se rattachent à une activité exclusivement économique. Les organismes et entités publiques d'un Etat étranger dont le patrimoine est principalement affecté à une activité économique ne bénéficient de l'immunité d'exécution qu'autant qu'ils établissent que la dette a été contractée pour le compte dudit Etat à des fins la rattachant à l'exercice de la souveraineté étatique.

2. L'immunité d'exécution des agents diplomatiques accrédités en Caraïbe est définie par les traités internationaux auxquels la Caraïbe est partie et, à défaut, par la coutume internationale.

3. L'immunité d'exécution des Organisations internationales dont est membre la Caraïbe est définie par leurs traités constitutifs. Les agents de ces organisations bénéficient de l'immunité dans les termes fixés par ces traités.

## Chapitre II

### Efficacité probatoire des actes publics étrangers

**Art. 78. Actes publics étrangers.** 1. Constituent des *actes publics* les actes étrangers auxquels, en vertu des traités ou conventions internationales ou de lois particulières, il y a lieu d'attribuer force probante.

2. A défaut de traité ou convention internationale et de loi particulière, sont des actes publics ceux qui réunissent les conditions suivantes :

i) qu'ils aient été délivrés par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à cette fin dans l'Etat d'origine ;

ii) qu'ils aient été objet d'une légalisation ou aient reçu une apostille et qu'ils réunissent les autres conditions nécessaires à leur authenticité en Caraïbe ;

iii) que leur délivrance ou leur établissement ait respecté les conditions qui sont exigées dans le pays où ils ont été délivrés. Si ces délivrance ou établissement sont effectués par une autorité diplomatique ou consulaire accréditée en Caraïbe, les conditions à respecter sont celles que prévoit la loi de l'Etat d'envoi ;

iv) que dans l'Etat d'origine l'acte fasse pleine preuve de la signature et de son contenu.

3. Quand les actes étrangers auxquels se réfèrent les paragraphes précédents de cet article comprennent des déclarations de volonté, l'existence de celles-ci est tenue pour établie, mais leurs effets sont ceux que déterminent les règles caribéennes et étrangères applicables en matière de capacité, d'objet et de forme des actes juridiques.

**Art. 79. Traduction.** Sans préjudice des dispositions des conventions internationales ou des lois particulières, tout acte rédigé en une langue qui n'est pas langue officielle de l'Etat où il est présenté sera accompagné de sa traduction.

Une traduction privée peut être présentée et si, en tel cas, une des parties la conteste dans les cinq jours suivant sa communication, en déclarant qu'elle ne la considère pas fidèle et exacte et en précisant les divergences, le Greffier demandera une traduction officielle de l'acte, dans sa partie affectée par les divergences, aux frais de celui qui l'a présentée.

Toutefois, ces frais seront transférés à la charge de la partie qui conteste, si la traduction officielle effectuée sur sa demande, se révèle substantiellement identique à la traduction privée.

**TITRE V**  
**DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES.**

**Art. 80.** *Application dans le temps.* 1. La présente loi s'applique à toutes les procédures introduites depuis la date de son entrée en vigueur, sans préjudice des droits acquis.

Cependant, les actes effectués et les faits survenus antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, mais qui continuent à produire leurs effets, sont régis par la loi antérieure à cette date pour la période antérieure et par la présente loi pour la période postérieure.

2. Les juges et autorités caribéennes saisis de demandes présentées avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi conservent leur compétence même si celle-ci ne leur est pas conférée par la présente loi.

Devant les juges et autorités caribéennes, les actions rejetées pour incompétence avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi peuvent être exercées de nouveau si compétence leur en est conférée par cette dernière, pourvu que la demande soit encore recevable.

3. Les dispositions de la présente loi relatives aux conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères s'appliquent aux demandes de reconnaissance et d'exécution qui sont pendantes à la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

**Art. 81.** *Disposition abrogatoire.* Il est dérogé à toutes les dispositions antérieures qui règlent la matière formant l'objet de la présente loi et qui lui sont contraires.

