Revista Mexicana

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado

N°47 Abril 2022

Revista Mexicana
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

Director
James Graham (UANL, Monterrey)

Secretaria
Erick Pérez Venegas (AMEDIP, Ciudad de México)

Consejo Editorial Presidente: Leonel Pereznieto Castro (UNAM, Ciudad de México). Miembros: Jorge Alberto Silva Silva (UACJ, Ciudad Juárez), José Carlos Fernández Rozas (Universidad Complutense de Madrid, España. Miembro del Institut de Droit International), Bernardo M. Cremades (Cremades & Asociados, Madrid), Eduard Picand Albónico (Universidad de Chile), Jürgen Samtleben, (Instituto Max Planck, Hamburgo), Fausto Pocar (Universidad de Milán, Miembro del Institut de Droit International).

Consejo Consultivo José Luís Siqueiros †, Laura Trigueros Gaisman †, Alejandro Ogarrio R. E., Francisco José Contreras Vaca, Loretta Ortiz Ahlf, Ligia González Lozano Roberto Rendón Graniell, Mario de la Madrid Andrade, María Virginia Aguilar, Carlos Odriozola Mariscal.

Comité de Revisión Erick Pérez Venegas (AMEDIP) David Carrizo Aguado (Universidad de León, España)

La Revista fue fundada por Alejandro Ogarrio siendo Presidente de la Amedip en 1996, y se encargó de ella como editor a Leonel Pereznieto Castro durante 25 años hasta 2021, con el objetivo de difundir al Derecho Internacional Privado y Derecho comparado.

Advertencia:

El contenido y la redacción de los textos son de la única responsabilidad de los autores. Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta Revista, siempre y cuando se cite la fuente legal.

Correspondencia:
graham@jamesgraham.legal

ISBN: 978-607-9142-10-0

ÍNDICE

INDICE

DOCTRINA 7

ACTOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON BIENES MUEBLES E INMUEBLES EN EL DERECHO INTERESTATAL MEXICANO 8

Jorge Alberto Silva

LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE INTERMEDIARIO QUE AMPARA ACTOS DE CORRUPCIÓN 26

James A. Graham

HACIA UNA INTERPRETACIÓN UNIFORME DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL EN EL CONTEXTO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES 39

María Mayela CELIS AGUILAR

PERSPECTIVAS COMPARADAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA UE Y MÉXICO EN LAS CONTROVERSIAS ENTRE EL HUÉSPED-CONSUMIDOR Y LA PLATAFORMA DIGITAL DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO 61

Silvana Canales Gutiérrez

JURISPRUDENCIA 76

NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. COMO CONSECUENCIA DE SER DECLARADA, NO PROCEDE CONDENAR A LOS ARBITROS A LA RESTITUCIÓN DE SUS HONORARIOS. 78

RESEÑAS 81

TEXTO Y CONTEXTO. LEY GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO N.º 19.920 82

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, LEYES, TRATADOS Y JURISPRUDENCIA 85

DOCTRINA

ACTOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON BIENES MUEBLES E INMUEBLES EN EL DERECHO INTERESTATAL MEXICANO

Jorge Alberto Silva*

Sumario: I.- Introducción II.- Reglamentación- III. Orden jurídico que Rige las Relaciones Jurídicas que Involucran Muebles e Inmuebles – IV. IV. Reducción de la Expresión Bien a Derechos Reales V. Mi Particular Punto de Vista

Resumen: La presente contribución es parte de un trabajo de investigación mayor sobre el derecho interestatal relacionado con los bienes, todo a partir del artículo 121 constitucional. Va reformulando el significado de cada uno de los apartados con el trato a los bienes desde el enfoque meramente constitucional a partir de los precedentes judiciales y doctrina desarrollada desde el siglo XIX, hasta la actualidad. Termina proporcionando sus propias tesis interpretativas.

Palabras Clave: Derechos reales - Reglas de conflicto – Bienes muebles – Inmuebles – Constitución mexicana

Abstract: This contribution is part of a larger research work on interstate Law related to property, in relation with article 121 of the Constitution. It reformulates the meaning of each of the sections with the treatment of assets from a merely constitutional approach based on judicial precedents and legal scholarship developed from the 19th century to the present. It ends up providing its own interpretive theses.

Keywords: Property Law - Conflict rules - Movable property - Real estate - Mexican Constitution

* Profesor de Derecho de los conflictos y Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado (México). Promotor de la Academia Mexicana de DIPr, miembro de ASADIP e investigador nacional CONACyT, nivel III. Actualmente jubilado, luego de 50 años en la docencia y la investigación.

I. Introducción

Es frecuente que algunas personas al abandonar sus lugares de origen se alejan de sus bienes, los arriendan, prestan o hipotecan. A distancia, en otro lugar, bajo un orden jurídico diferente, pactan, contratan o convienen sobre esos bienes (celebran un acto jurídico que involucra bienes).[1]

No es extraño que la reglamentación jurídica de los actos relacionados con los bienes sea objeto de atención del Derecho interestatal desde diversas vertientes: la competencia judicial, el orden jurídico que los rige y la ejecución de sentencias provenientes de autoridades de otra entidad federativa.

Derivado de problemas semánticos y sintácticos, aunados a la falta de interés por parte de legisladores, la normatividad interestatal sobre los bienes es uno de los temas más espinosos y descuidados del derecho interestatal mexicano, que ha llevado a los operadores a resolver casos difíciles.

El este artículo parto de la toma en consideración de los bienes muebles e inmuebles en sus relaciones interestatales, en especial, los bienes corporales. Presento su reglamentación jurídica interestatal, el orden jurídico designado y el significado de bien atribuido al artículo 121 constitucional.

II. Reglamentación Interestatal

El orden jurídico relacionado con los bienes muebles e inmuebles es uno de los temas más debatidos en la doctrina y los precedentes judiciales. La razón deriva de la ambigüedad sintáctica de una de las bases constitucionales, que repercute en la concreción de las normas que han de aplicarse en cada entidad federativa. Lo anterior, debido a varias interpretaciones judiciales desatinadas que se han producido.

En la Constitución encontramos textos relacionados con la normatividad interestatal con relación a los bienes, como son los siguientes:

> El art. 121 asienta en su preámbulo: "En cada entidad federativa se dará entera fe y crédito de los […], registros […] de todas las otras."
> La base segunda establece que "los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación" (base segunda).

1 Es presente estudio forma parte del capítulo 8 de un libro en preparación que se denominará Derecho interestatal mexicano. Su enfoque constitucional.

> La base tercera, relacionada con la ejecución de las sentencias, indica que los actos relacionados con los "derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otra entidad federativa, solo tendrán fuerza ejecutoria en esta, cuando así lo dispongan sus propias leyes."

Aunque del preámbulo se pudiera entender que a todas las sentencias de una entidad se les debería dar entera fe y crédito en las demás entidades, posibilitando su ejecución (una regla general), las bases establecen una regla específica que delimita la ejecución de las sentencias de otra entidad a la aplicación del orden jurídico del lugar de destino o ejecución. No admite la aplicabilidad de la ley del estado que dictó la sentencia. En este sentido, la normatividad constitucional relacionada con los bienes nos conduce a problemas antinómicos.2

Además, para resolver los problemas y reglamentar los textos constitucionales, el Congreso está obligado a expedir las leyes generales necesarias para "probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos," algo que ha incumplido en 200 años de esa orden. Sobre esto, el Pleno de la SCJN sostuvo, hace una centuria (1922), que:

> La ley orgánica que deberá expedir el Congreso de la Unión respecto del artículo 121 constitucional, solo prescribirá la manera de probar los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de un Estado para que tenga en otro fe y crédito; y por tanto, las entidades federativas están en libertad para dictar leyes que fijen y decidan la competencia de los jueces, aun cuando se trate de derechos reales y bienes inmuebles ubicados en otro Estado.3

Desde 1916-17, en que se adicionaron las bases, se deslindan los temas de legislar sobre bienes y sobre el efectos relacionado con sentencias que aludan a esos bienes. Es decir, se habla de la competencia para legislar, así como de la competencia jurisdiccional.

Desde antes (200 años atrás), el Congreso de la Unión está obligado a expedir una ley en la que desarrolle la reglamentación interestatal prevista en cada uno de los textos constitucionales mencionados.

Toda relación jurídica interordinamental cuyo objeto sean las transacciones con muebles o inmuebles se vincula con el orden jurídico que prescribe la modalidad que debe regularla. En especial, el orden jurídico a seguir (base segunda) es la lex loci rei sitae, no la lex fori. Esta base se inspiró en algunas resoluciones judiciales habidas con anterioridad a 1916-17.

2 Tribunales colegiados, SJF, 9a época, p. 2629, AD 56/2007, 21 de junio de 2007, registro: 171370. Igualmente, Primera sala, SJF, 9a época, p. 256, AR 686/99, 5 de julio de 2000, registro: 190598.

3 Pleno, SJF, 5a época, p. 110, AD s/n, 7 de enero de 1922, registro: 286761.

II.1. El Bien, Objeto de la Normatividad y su Concepto

El enunciado constitucional pone atención sobre los bienes, sean muebles o inmuebles (una distinción del derecho germánico) que está enfocada más a los bienes corporales, pero especialmente, a los derechos reales.4 Se enuncia diciendo que los bienes se regulan conforme a la lex loci rei sitae. No hay que olvidar que en viejas épocas se afirmaba que existen relaciones jurídicas entre una persona y una cosa (derechos reales), así como relaciones entre las personas.5

Miguel Ángel Hernández Romo afirma que la expresión constitucional "los bienes se rigen por la ley del lugar de su ubicación" parte de un enfoque conceptual absurdo. En sentido similar lo afirma Oscar Morineau, luego de seguir a varios juristas de renombre.6

La observación es correcta, pero no me introduciré en la discusión.7 Bastará recordar que los constituyentes partieron de una conceptuación aparentemente derivada del derecho medieval (acogida en la época colonial). Lo que cuestiona la expresión constitucional. Esto pareciera sugerir tomar en cuenta las viejas tesis que aludieron a la relación entre persona y cosa o reconceptualizar esa relación acorde al derecho contemporáneo (el derecho sobre la cosa). Entendida esta última interpretación, como el poder inmediato y directo sobre la cosa o bien,8 derecho que se puede hacer valer frente a todo mundo.

A mi entender, lo que, en el mejor de los casos se quiere indicar en la expresión constitucional ("ley reguladora de los bienes") es que se trata de una relación jurídica en la que se involucran bienes, tal relación debe regirse acorde a lo que prescriba el orden jurídico del lugar de la situación de bienes objeto de la misma.9

II.2. La Redacción Desafortunada

Se trata de una redacción desatinada, pues da a entender (aparentemente) que la relación jurídica se produce con el bien. Al interpretarla, no debemos dejar de olvidar que es en el derecho patrimonial donde se encuentran los derechos reales. Esto es, aquellos que dicen que existe una vinculación entre una cosa y su titular.

4 La doctrina mayoritaria suele afirmar que los derechos reales solo se aplican a los bienes corporales, los que ocupan un lugar en el espacio.

5 Kelsen aborda la temática de los derechos reales, apuntando que conforma un derecho subjetivo a perseguir una cosa. Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, México, UNAM, 1982, pp. 43 y ss.

6 Morineau, Oscar, Los derechos reales y el subsuelo en México, México, UNAM, FCE, 1997, p. 15.

7 No es posible admitir que el derecho rija, permita, ordene o prohíba la conducta de los bienes. Las cosas no son objeto de derechos u obligaciones, ni es posible que estas observen normas jurídicas. Las normas jurídicas solo pueden referirse a conductas de las personas (sujetos a los que cabe imputarles derechos y obligaciones).

8 El concepto tradicional que, incluso, llega hasta nuestra época es que "cosa o bien" son lo mismo. No obstante, la doctrina ha estimado que los bienes son una especie de las cosas.

9 Hernández Romo, Miguel Ángel, "El régimen jurídico de los inmuebles en el Derecho internacional privado mexicano", en Revista de derecho notarial, año XV, núm. 41, enero de 1971, pp. 10 y 11.

El texto constitucional alude a un bien, mismo que es el objeto de una relación jurídica, pero (entiéndase bien) los bienes no son sujetos de la relación jurídica. Para reformular correctamente el texto constitucional es necesario recordar que una efectiva relación jurídica es una relación entre personas, no una relación en la que un bien es el sujeto de la relación.

Solo la conducta de una persona puede estimarse como supuesto normativo. A primera vista, en el texto constitucional se implica a un objeto (bien) como si fuese una conducta, a pesar de que un bien o cosa solo puede ser parte de un acto jurídico.

Este fue el problema que el constituyente le dejó al reformulador: precisar la operación jurídica que involucra un bien. Situación necesaria para precisar su significado.

La redacción de la CPEUM presenta un enunciado que se refiere al orden jurídico que toma en cuenta la conducta de una persona, en especial (como explican las teorías que hablan de los derechos reales), el poder que ejerce sobre una cosa o bien. En este sentido, lo primero que debe aceptarse en la reformulación es que en esta base constitucional, lo que se regula es la conducta de las personas con relación al poder que su titular ejerce sobre una cosa, en especial, el ordenamiento que rige ese "poder del titular de la cosa." Como se observa, el texto constitucional se refiere al orden jurídico que rige a esta relación.

II.3. Enjuiciamiento de los Apartados Previstos en el Texto Constitucional

Cabe reprocharle al artículo 121 tres segmentos o apartados:

a) el texto constitucional parece afirmar que la relación jurídica se da entre una persona y un bien o cosa,
b) la extensión conceptual e interpretativa del enunciado y,
c) la falta de un supuesto normativo claro y delimitado.

En cuanto al primer aspecto (los bienes se rigen por la ley del lugar de su ubicación), debo recordar la las explicaciones que acabo de proporcionar, pues la relación no se da con la cosa, sino entre personas.

Lo que se quiere dar a entender es el vínculo directo entre el titular de una cosa y la cosa, que es precisamente lo que se bautiza como derechos reales (v.g., posesión, usufructo, servidumbre).10 Pero, que por sobre el ius in re, se encuentran las personas, que son los sujetos de derechos y obligaciones.

En el segundo aspecto (la extensión conceptual), la base constitucional hace extensiva la disposición a los muebles. Mas adelante me referiré a lo inadecuado de comprender a los muebles en la ley de su ubicación.

El tercer aspecto (falta de una redacción clara) refleja la ligera y apresurada redacción del enunciado que siguió el redactor de la base segunda constitucional. Como expresión semántica, no es una regla fácil. El gran

10 López Monroy, José de Jesús, "Derechos reales y derechos personales", Diccionario jurídico mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982. Tercera Sala, SJF, 5a época, p. 2524, AD 209/29, 24 de noviembre de 1921, registro: 287450.

problema (como adelante lo explico) es que el texto constitucional solo se refiere a los bienes, pero la CPEUM no especificó el tipo de acto en que esos bienes se involucran, esto es, los casos y situaciones en que se implican. A mi entender se trata de una operación jurídica en la que se encuentra un bien.

II.4. Modelos Interpretativos del Texto Constitucional a Cargo de las Entidades

Me detengo en el sentido de la base segunda, que prescribe "los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación." La reformulación de este texto (tan polémico en su interpretación y aplicación) es el objeto de mi atención en las siguientes líneas. Para mi explicación seguiré los modelos de la ciencia.

Su interpretación ha variado entre los legisladores de las entidades federativas, por lo que pondré atención en su prescripción para acercarme a la forma en que han significado lo que la Constitución prescribe.

El hecho es que la mayoría de las entidades federativas se refieren únicamente a los bienes que se encuentren ubicados en su territorio, pero se olvidan de aquellas relaciones jurídicas relacionadas con bienes que se encuentran en el territorio de otra entidad. Es decir, nada prescriben respecto a problemas de tráfico jurídico interestatal que involucran bienes. Excepcionalmente, algunas entidades sostienen otras políticas para incluir los bienes sitos en otra entidad. En ambos casos, me detendré en la variabilidad de interpretaciones que han seguido.

Para facilitar el entendimiento entenderé como modelos a examinar las diversidades interpretativas del texto constitucional. El modelo constitucional, de la citada base, se ha solido enunciar por los legisladores de las entidades en diferentes forma. En el primer modelo se enuncia:

> Si el bien se encuentra en B (estado de origen), A (estado de destino) debe tomar en cuenta lo que prescriba el orden jurídico de B.

Obsérvese que en este, A debe tomar en cuenta el orden jurídico de B (por ello, lo de bilateralizado).

El segundo modelo o fórmula sintáctica es aquella a la que recurren algunas entidades que nos lleva a calificar a sus enunciados como una norma unilateral. Su fórmula se enuncia diciendo:

> Si el bien se encuentra en A debe tomar en cuenta lo que prescriba el orden jurídico de A.

Para esta segunda fórmula, muestro el art. 7 del CC yucateco que prescribe: "Los bienes inmuebles sitos en el Estado y los bienes muebles que en él se encuentren se regirán por las disposiciones de este código, aun cuando los dueños sean extranjeros." Es una formula en la que no se toma en cuenta el caso en que el bien se encuentre en B. Representa la popular expresión "solo tengo ojos para mí", pues se niega a tomar en cuenta los bienes que se encuentran en otras entidades federativas. Por esto, lo de unilateral. En términos similares (sin decir nada acerca de los bienes ubicados en otra entidad) se observan los enunciados de otras entidades federativas.

En fin, las interpretaciones representadas en estos modelos corresponden a modelos bilateralizados o unilaterales. Por lo pronto, solo los dejo anotados, para más adelante revisar su adecuación al texto constitucional.

III. Orden jurídico que Rige las Relaciones Jurídicas que Involucran Muebles e Inmuebles

En el conocimiento de la normatividad que rige a los bienes muebles e inmuebles es necesario diferenciar dos apartados: la ley del lugar de la ubicación tratándose de la ley sustantiva a aplicar (lex fori y lex rei sitae), igualmente la competencia judicial. En este conocimiento también cabe incluir la temática relacionada con las excepciones a la lex rei sitae.

III.1. Lex rei sitae (modos de adquirir, publicidad y calificación)

A diferencia de los derechos personales, los supuestos normativos de menor frecuencia en las resoluciones judiciales han sido los reales.

Con relación a los modos de adquirir o y transmitir derechos reales nos enfrentamos a algunos problemas, especialmente cuando se trata de bienes muebles, ya que los inmuebles no se desplazan de lugar. El orden jurídico a tomar en cuenta es el de la ubicación (la lex rei sitae).

Sobre la publicidad y registro de un derecho real, priva la lex rei sitae. El registro es de la competencia de las entidades en donde se ubican. A las entidades del lugar de la ubicación les está reservada esa publicidad y registro.11 En este sentido, los bienes sitos en su territorio solo podrán registrarse en su Registro público (es una facultad exclusiva).12

Con relación a este registro, los tribunales han resuelto que aunque un matrimonio sea regido en sociedad conyugal, pero en el registro solo aparece uno de los cónyuges, solo al registrado se le tendrá como propietario, no al otro.13 Se trata de una resolución sobre la que cabe reflexionar.

En el caso de calificaciones relacionadas con derechos reales, también cabe seguir la misma lex rei sitae, que cabe entender con calificación lex causae, en los siguientes casos:

- Lo relacionado con la posibilidad de que el bien quede fuera o no del comercio.
- Definir si se trata de mueble o inmueble.
- Definir si es una cosa o bien público o privado.
- Definir los tipos y contenido de los diversos derechos reales (de propiedad, de goce, de garantía, de adquisición).

III. 2. Explicación del porqué acoger la lex rei sitae

11 Tribunales colegiados, AR 488/23017, 26 de octubre de 2017, registro: 2016669.

12 Pleno, AR 21/2005, 16 de junio de 2005, registro: 177509.

13 Tribunales colegiados, AR 484/2001, 10 de enero de 2003, registro: 183040.

Es difícil e imposible explicar por qué el constituyente eligió la ley del lugar de la ubicación de los bienes. Obsérvese que solo se refiere a la ley que los rige no al foro que ha de conocer de os mismos (solo lex, no forum).

Tal vez porque en el caso de los inmuebles, estos forman parte del territorio del del Estado, lo que hace pensar que en ello está interesada la soberanía del estado mexicano. Esta pudiera haber sido una razón, pero, aquí parecen confundirse los intereses del derecho privado con los del derecho público. Lo que no parece ser una respuesta adecuada para los bienes muebles.

La doctrina extranjera suele mencionar otros argumentos hipotéticos. Nuria Bouza asienta que:

> … permite que confluyan en un mismo ordenamiento jurídico la localización jurídica del bien y su localización material o física; refleja el interés estratégico, económico y social del Estado por controlar la creación, transmisión y modificación de los derechos reales sobre los bienes situados en su territorio; y expresa, en términos conflictuales, el principio de seguridad del tráfico jurídico; ya que es en el lugar de situación del bien donde se manifiesta el elemento patrimonial que induce a terceros a confiar en el crédito de su poseedor o propietario.14

En realidad, no es fácil proporcionar alguna razón objetiva, porque en ningún momento al discutirse tanto la base segunda como la tercera nada dijeron los diputados. Solo votaron a favor del proyecto que se les presentó el proyecto, pero nadie objetó, ni se debatió. Natividad Macías, que al parecer fue quien elaboró este texto, tampoco escribió nada que aclarase el porqué.

Volviendo al texto constitucional (lo relacionado con los inmuebles), es posible que hubiesen sido el interés o importancia de los derechos reales lo que hubiese importado para ligar estos con el orden jurídico del lugar de su ubicación.

III.3. Muebles

En cuanto a lo prescrito sobre los muebles no encuentro una razón de peso que justifique ligarlos a la lex rei sitae. La reglamentación requiere un ajuste a la realidad de un Estado federal, con gran movilidad de personas y de bienes. Hubiese sido más adecuado tomar en cuenta una mobilia sequuntur personam (los muebles siguen a la persona) la ley del lugar de partida o la de destino, sin olvidar que hay casos en que se ignora la ubicación del bien al momento de contratar.

En las reformas de 1988 al CCFed se abordó de nueva cuenta la razón del porqué ligar los muebles con la ley de su ubicación. Leonel Pereznieto Castro nos aclara las razones de la Comisión que reformó este código. Explica que la Comisión estimó que en el caso de los títulos valor y valores bursátiles resultaba más conveniente establecer "una conexión fáctica: el lugar de su ubicación a fin de otorgarles máxima circulación, sobre todo si se toma en cuenta que el CC es supletorio del Código de Comercio y demás leyes mercantiles."

14 Bouza Vidal, Nuria, "Notas al artículo 10, apartado 1 del Código civil español", en Comentarios al Código civil, t. I, vol. 2, (Artículos 8 a 16 del Código Civil), Madrid, Edersa, 2004.

A mi parecer, no me parece correcta la decisión tomada, de corte exageradamente territorial, ni siquiera sobre los bienes objeto de las garantías mobiliarias.

La reglamentación retrata la regla lex loci rei sitae para los muebles.15 En contraste, cabe explicar que en el medioevo los muebles eran regidos conforme al mobilia sequuntur personam y no, precisamente, a partir de la ley del lugar de su ubicación.16

Lo criticable del enunciado constitucional consiste en imponer un mismo orden jurídico regulador para muebles e inmuebles.

Llama la atención el relacionado con los muebles, ya que estos, al poderse trasladar fácilmente a otro lugar, dejan en problemas al aplicador de la ley (v.g., muebles de casa, tractores, automóviles).17

Se trata de una concepción que no es conveniente ni razonable, sobre todo en la época actual, de gran movilidad. Era más accesible y recomendable la mobilia sequuntur personam que se seguía y sigue en otros lugares del mundo. El constituyente fue más allá de lo que los estatutarios medievales ya habían establecido.

III.4. Excepciones a la Lex Rei Sitae

Los tribunales han sostenido (en algunas ocasiones) la posibilidad de escapar a la ley del lugar de la ubicación apelando a la autonomía de la voluntad. Esto es, contractualmente es posible que los interesados pacten la ley de otro lugar para regir los bienes;18 pues no es posible que un bien este regido por dos ordenamientos diferentes.19

Al lado del acuerdo de voluntades, hay otros supuestos normativos que no se rigen por la lex rei sitae, como paso a exponer. Cuando hablamos de la capacidad para adquirir derechos reales o de la forma del acto para adquirir un bien, estos quedan excluidos de la lex rei sitae. Para estos supuestos normativos se siguen las reglas generales para todo acto jurídico (v.g., ley domiciliar, lex fori). La lex rei sitae solo aplica para derechos reales.

Como regla general, la adquisición y transmisión quedan como relaciones personales, por lo que en estos casos debe aplicar la ley específica para estos, sin subordinarse a la ley de la ubicación. Tal es el caso de contratos, testamentos, donaciones, sucesiones, patrimonio matrimonial,20 etc.

15 Tribunales colegiados, SJF, 10a época, p. 2037, AD 822/2011, 19 de abril de 2012, registro: 2001160.

16 Joseph Story explica, siguiendo a Bouhier, que como los bienes muebles no tienen un lugar fijo, y se transportan fácilmente, a placer del dueño, cabe suponer, con gran ficción, que se adhieren a su persona; por ello, la máxima en el derecho consuetudinario, dice que los bienes muebles siguen al cuerpo o la persona del propietario; meubles suivent le corps, ou la personne, mobilia sequuntur personam. Story, Joseph, Commentaries on the Conflict of Laws, Boston, Little, Brown, and Co, 1883, p. 536.

17 En sentido similar, García Moreno, Víctor Carlos y Díaz Alcántara, Mario Arturo, "Los conflictos de leyes entre entidades federativas: las constituciones de México y los Estados Unidos de América", en Revista de Investigaciones Jurídicas, año 6, núm. 6, 1982, p. 44.

18 Tribunales colegiados, SJF, 10a época, p. 2037, AD 822/2011, 19 de abril de 2012, registro: 2001160.

19 Segunda Sala, SJF, 9a época, p. 245, AR 524/96, 27 de septiembre de 1996, registro: 200517.

20 Tercera Sala, AD 2901/29, 20 de septiembre de 1932, registro: 362451.

Aun, en al caso de remate de bienes, no es aplicable la ley de la ubicación. Claramente así lo expresó la SCJN:

> … de ahí que respecto de los bienes muebles e inmuebles que se ubiquen dentro de su territorio, las Legislaturas Locales pueden dictar las leyes que regulen su uso, goce y disponibilidad, siempre que el interés público que funde dicha regulación no concierna a ninguno de los ramos o materias que sean de la competencia constitucional del Congreso de la Unión, integrada por las facultades expresas e implícitas de dicho órgano legislativo federal, pues considerar lo contrario, es decir, que el mencionado Congreso, en todos los casos, es el único facultado para imponer modalidades a la propiedad privada en términos de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional, implicaría un impedimento para aquéllas de establecer las modalidades necesarias en función del interés público.21

El Prof. Elisur Arteaga afirma que no son únicamente las entidades federativas las que deben legislar sobre bienes, ya que al gobierno federal también le competen algunas facultades. Anota que el Congreso de la Unión, puede establecer algunas prescripciones como las siguientes:

a) Fijar las reglas a que debe sujetarse la ocupación y enajenación de terrenos baldíos y el precio de éstos.
b) Autorizar la explotación del subsuelo y del espacio en casi todas sus modalidades: yacimientos en todas sus variedades, combustibles, uso de aguas, estaciones de radio y televisión, líneas aéreas, etcétera.
c) Legislar sobre lo relativo a monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, sean muebles e inmuebles. En algunos casos el bien puede ser propiedad de los particulares.
d) Legislar sobre los fuertes, cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el gobierno federal al servicio público o al uso común.
e) Legislar sobre todos los bienes inmuebles que están destinados a servir al público, como escuelas, oficinas, centros penitenciarios, centros deportivos, hospitales.

Con relación a los muebles, el Congreso de la Unión es el facultado para legislar sobre mobiliario, equipo de hospital, semovientes o el que se encuentre dentro de los inmuebles de propiedad federal. No obstante, los Estados conservan facultades específicas por lo que hace a las personas que se encuentran dentro de los inmuebles, respecto de lo que pase en el interior de ellos y que no los afecten.

Además del listado anterior, continúa el profesor Arteaga, y no obstante que algunos bienes sean propiedad de los particulares, si están destinados a alguna de las actividades previstas en el artículo 73, frac. XXIX, de la CPEUM, los Estados no pueden gravarlos, o su facultad para hacerlo está menguada, limitándose a recibir la porción que fija el Congreso de la Unión.

21 Primera Sala, AD 686/99, 5 de julio de 2000, registro: 190598.

En consecuencia, concluye Elisur Arteaga, la base segunda solo contiene un principio general, pues hay otros enunciados constitucionales específicos que se encargan de limitar los alcances de este apartado.

IV. Reducción de la Expresión Bien a Derechos Reales

La base segunda del texto constitucional establece: "los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación." El problema interpretativo está en la dimensión significativa de la expresión "bien". Procuraré un acercamiento a los significados producidos en torno a esta expresión lingüística con el fin de observar que no se trata de un caso fácil. La cuestión gira en una interpretación extensiva o restrictiva.

Proporcionaré los significados de la expresión bien (bienes dice la base segunda) a partir de las fórmulas que he observado. Sin duda alguna me adentro en uno de los temas más difíciles habidos en la esfera judicial y doctrinal.

En esta base segunda la conducta no está descrita correctamente. Por brevitatis causae el legislador constitucional aludió a bienes muebles e inmuebles (el objeto de una relación patrimonial), aunque, a mí parecer se quiso referir a la vinculación entre el titular de la cosa y el bien, lo que significa que todo mundo debe respetar el derecho del titular de la cosa sobre el bien. En términos más racionales el texto constitucional se refiere a una operación o transacción jurídica (v.g., contrato) en la que se involucre algún bien. Expondré la diversidad de interpretaciones habidas.

IV.1. Significados Producidos en Torno a la Expresión Bien

Emplearé la expresión interpretación implícita para comprender los sentidos lingüísticos presupuestos, pero en los que el intérprete no se asentó directa o expresamente ese sentido, sino que sobreentendió o presupuso el significado que utilizó. De esta manera, detrás de la expresión "bien," se infirió o comprendió, implícitamente las relaciones personales y la de los derechos reales.

En un análisis de las interpretaciones producidas por los legisladores secundarios, tribunales y doctrina, sobre la expresión lingüística bien, encontré significados (todos presuponiendo sentidos lingüísticos implícitos), relacionados con su significado en el texto constitucional:

- Una interpretación amplia o extensiva, que sostiene que cualquier operación jurídica (v.g., contrato, sucesión, régimen económico del matrimonio) que involucre bienes ha de tomarse como si fuese un único supuesto normativo y como tal ha de tratársele (derechos personales y reales son lo mismo). Por ejemplo, en el caso de un contrato, todo el conjunto de relaciones que compone esa operación jurídica (derechos personales y reales) se rige conforme a la ley del lugar de la situación de los bienes. Vamos, en esta tesis se subsume toda la

operación jurídica entre comprador y vendedor como un solo supuesto normativo (los derechos personales y los reales son visto como una unidad).22

- Una interpretación restrictiva, según la cual el bien objeto de una transacción debe implicar dos aspectos: por un lado, el relacionado con los derechos personales y, por otro, el relacionado con los derechos reales. Este análisis presupone tomar en cuenta dos supuestos normativos, cada uno regido por un propio orden normativo. El establecido en la CPEUM solo comprende los derechos reales. Por ejemplo, en una sucesión, un testamento o un acuerdo patrimonial del matrimonio, los derechos reales se rigen conforme a la ley del lugar de los bienes; los personales, por la ley específica que los rige. Esto es, que deben tratarse en forma independiente los derechos reales con respecto a los personales.

Procuraré aclarar lo dicho. Si decimos que todo contrato, testamento o patrimonio matrimonial, que incluya bienes muebles o inmuebles se regule por la ley de la ubicación de esos bienes, tenemos dos supuestos normativos, como los expuestos.

La interpretación más aceptable en el derecho conflictual (de otros países) ha sido la que conduce a una escisión, disgregamiento o fraccionamiento de la operación jurídica que incluya bienes. Lo que reconduce a una ley para cada situación (derechos reales – derechos personales); cada una con su propia normatividad. A mi parecer, la interpretación constitucional debe ser restrictiva, solo se refiere a los derechos reales, no a toda la operación jurídica. Recurro para esto, al círculo hermenéutico conforme al cual el significado de una expresión debe cotejarse con la realidad (el contexto al que se dirige) y la racionalidad.

Lo que observado en varias decisiones judiciales oscila en la adopción de ambas interpretaciones (restrictiva y amplia). Carecemos de una jurisprudencia definida, pero las decisiones producidas nos han conducido a ambos resultados.

La diferencia en ambas interpretaciones reside en que la lex loci rei sitae está referida a la extensión o tamaño que debe dársele en su contexto constitucional a la expresión lingüística "bien."

Lo anterior nos da la respuesta a varias interrogantes: ¿Qué tan amplio o restringido ha de entenderse el significado del enunciado constitucional?, esto es, ¿la ley aplicable se amplía a toda la operación jurídica que comprenda bienes?, o ¿se restringe a la relación directa en la que se involucran los derechos reales relacionados con esos bienes?, ¿para definir la expresión "bien" deberá acudirse a una interpretación extensiva o a una restrictiva?

Para responder, es necesario una toma de posición de alguna de los dos significados que acabo de exponer, propios de la dogmática y de interpretaciones judiciales. Requerimos un punto de partida o enfoque

22 El profesor José de Jesús López Monroy asienta que una teoría monista, seguida por Guadement, Planiol y Ortolán, afirman que no existe diferencia entre derechos reales y personales. En contra se encuentra la que llama teoría dualista. López Monroy, José de Jesús, "Derechos reales y derechos personales", Diccionario jurídico mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

epistémico que nos auxilie para atribuir un significado. ¿Acudir a una literalidad o a una racionalidad interpretativa?

Sintetizaré los criterios interpretativos judiciales y doctrinarios producidos.[23]

IV.2. Interpretaciones Judiciales

Varias interpretaciones provenientes de los tribunales judiciales nos muestran contradicciones entre ellas. Algunas siguiendo una interpretación amplia, otras, una restrictiva.

Sosteniendo una interpretación amplia o extensiva, encuentro, a manera de ejemplo, entre otras resoluciones las siguientes:

- La sociedad conyugal debe regirse por la ley del lugar de la ubicación de los bienes, siempre y cuando uno solo de los cónyuges compareció en la adquisición.[24]
- El régimen económico del matrimonio se rige por la ley del lugar de la ubicación de los bienes, pues estos deben seguir esta ley.[25]
- El cobro de rentas (derivado de un contrato de arrendamiento) debe regirse por la ley de lugar en que se encuentra el inmueble, incluida la prescripción adquisitiva.[26]
- En el caso de las sucesiones, debe regir la ley de Tamaulipas, lugar en que se encuentran los bienes muebles e inmuebles. Incluso, si esta ley prohibió a los mayores de sesenta y cinco años, hacer uso del derecho de libre testamentifacción, la ley de ese lugar es la válida en ese territorio.[27] La ley de la ubicación subsume la capacidad.
- En una sucesión mortis causae, en la que los bienes se encontraban en diferentes entidades federativas la competencia jurisdiccional radica en cualquiera de las entidades en que se encuentren los bienes, no en el lugar del último domicilio.[28]
- En "la transmisión del bien hereditario, la ley aplicable es la del lugar de su ubicación."[29] La ley que regula la transmisión se subsume a la que regula el bien.

Sosteniendo una interpretación restrictiva, en la que se presume una diferencia entre derechos reales y personales, encontré, entre otras, las siguientes resoluciones:

- El estado y capacidad de las personas se rige por el estatuto personal sin que importen los bienes. No importa que uno solo de los cónyuges hubiese

23 Con la expresión criterio interpretativo me estoy refiriendo a la actividad realizada para atribuir un significado, como al resultado: su significado.

24 Tribunales colegiados, SJF, 9a época, p. 1029, AR 484/2001, 10 de enero de 2002, registro: 183040.

25 Tercera Sala, SJF, 5a época, p. 1824, AR 4802/47, 10 de marzo de 1948, registro: 346154.

26 Tribunales colegiados, SJF, 10a época, p. 2162, AD 840/2014, 23 de febrero de 2015, registro: 2009756

27 Tercera Sala, SJF, 5a época, p. 280, AD 2901/29, 20 de septiembre de 1932, registro: 817759.

28 Tercera Sala, SJF, 5a época, p. 1864, AR 8801/43, 12 de junio de 1947, registro: 346971.

29 Sucesión de María Guadalupe Salinas, Tribunal Superior de Justicia del D.F., Quinta Sala, toca 348/61.

adquirido un bien en otro Estado, la ley que rige a estos es la del lugar de la celebración del matrimonio, no la de la situación del bien.30

- La organización de la sociedad conyugal no es parte del estatuto real o patrimonial, por lo que a esta no le aplica lo dispuesto por la base segunda del artículo 121 constitucional; no encuadra en los bienes.31
- Los derechos del acreedor hipotecario no se rigen conforme a la lex loci rei sitae; no dependen de la ley que regula a los bienes.32
- Una resolución de un tribunal colegiado especificó (aunque no con mucha claridad) que el art. 121 se refiere a derechos reales relacionados con muebles e inmuebles.33
- En otra resolución se asienta que tratándose de inmuebles "deben observarse las cuestiones relativas a la constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, y acorde a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la ley que debe aplicarse es la del lugar de la ubicación del inmueble."34

Por desgracia, la explicación teorética, en cada una de estas decisiones judiciales, se encuentra ausente.

IV.3. Interpretaciones Doctrinarias

La interpretaciones provenientes de la doctrinaria también se encuentran controvertidas. Así, tenemos autores que se afilian a una interpretación extensiva o a una restrictiva. Presento sus exposiciones.

Sosteniendo una interpretación extensiva. Miguel Ángel Hernández Romo afirmó que es necesario diferenciar diferentes conductas que confluyen en la relación que involucra bienes. Entre otras: la capacidad de quien celebra un negocio, la forma del negocio, el fondo del negocio, la competencia para conocer de ese negocio y el régimen fiscal de las personas involucradas en el negocio. Todas estas conductas –afirma– se rigen por la lex loci rei sitae por varias razones: el principio constitucional es absoluto ya que no hace distingos, ni salvedades. Si la ley no distingue, dice, no debemos distinguir. Su argumento subordina a la lex loci rei sitae todos los supuestos que componen una operación jurídica que involucra bienes (interpretación literal y formal). Me detengo en sus explicaciones relacionadas con la capacidad y la forma.

Para reforzar su argumento extensivo a la capacidad, Hernández Romo plantea tres hipótesis a partir de ejemplos que lo llevan a afirmar la lex loci rei sitae. En el primero, cita la hipótesis de un extranjero que fuera de México celebra un negocio sobre un inmueble ubicado en la zona prohibida.35 Aunque en el extranjero

30 Primera Sala, SJF, 5a época, p. 90, AR 4747/38, 4 de octubre de 1938, registro: 356215.

31 Tercera Sala, SJF, 5a época, p. 2272, AD 5458/35, 27 de agosto de 1937, registro: 357601.

32 Segunda Sala, SJF, 5a época, p. 1917, AR 4489/31, 4 de abril de 1933, registro: 362367.

33 Tribunales colegiados, SJF, 10a época, p. 1917, AR 484/2001, 10 de enero de 2002, registro: 183040.

34 Tribunales colegiados, SJF, 9a época, p. 1917, AD 528/96, 2 de julio de 1997, registro: 197171.

35 Zona prohibida o restringida: franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, en la que los extranjeros por ningún motivo pueden adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas (art. 27 constitucional, frac. I). Cusi, Ezio, "Algunos comentarios sobre las zonas prohibidas", en El Foro, Barra Mexicana de Abogados, octubre-diciembre, año 1965. Silva, Jorge Alberto, "La propiedad inmueble en México

se le pudiera reconocer capacidad, el hecho es que –afirma-- en México carece de ella. En el segundo ejemplo, alude al matrimonio entre un mexicano y un extranjero celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal. En esta hipótesis –afirma– el pacto sobre la sociedad conyugal carece de efectos por lo que hace a los inmuebles ubicados en la zona prohibida, pues el extranjero no puede adquirirlos. En el tercer ejemplo se refiere al extranjero que ha poseído un inmueble en la zona prohibida, que no podrá adquirir por prescripción adquisitiva.

Mediante estos ejemplos Hernández Romo argumenta que en la zona prohibida la persona extranjera carece de capacidad, por lo que la norma del lugar de ubicación del bien, es la aplicable y no la regla de capacidad establecida en otro lugar.

Con relación a la forma del negocio Hernández Romo recurre a un ejemplo con el que explica que cuando se celebra en un foro extraño un negocio que involucra bienes situados en México, la forma establecida en el extranjero, aunque pueda ser legal (digamos que pudiera ser consensual), esa forma debe acatar la del lugar de la ubicación del bien, no la del lugar de la celebración del acto.36 Aunque en el ámbito internacional no es aceptable su tesis, menos en el interestatal. Hernández Romo concentra en el concepto de "bienes" tanto los derechos reales como todas las relaciones normativas que confluyen hacia los derechos reales.

El profesor Elisur Arteaga se alinea a una interpretación extensiva del orden regulador a todos los supuestos normativos involucrados con los bienes (v.g., capacidad, fondo, forma, efectos). Sostiene que el orden que rige todos esos supuestos debe ser la lex loci rei sitae.37 En el fondo, no admite la autonomía de cada supuesto que confluye a la operación jurídica.

El Prof. Arteaga parte de la literalidad o expresión lingüística "se regirán" que emplea el artículo 121 constitucional, en la que, dice, se comprenden "todas las relaciones a que pudiera estar sujeto un bien, no admite excepciones. Comprende fondo y forma."38

Siguiendo una tesis similar, se encuentra la opinión del Profesor Carlos Arellano García, en torno al régimen económico del matrimonio. Para Arellano, se aplica la lex loci rei sitae.39

En sentido similar, Von Sachen estima que en esta base se establece la lex loci rei sitae.40

según los tribunales mexicanos. Sus implicaciones en el Derecho internacional y de extranjería", Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2008, vol. 22.

36 Hernández Romo, Miguel Ángel, "El régimen jurídico de los inmuebles en el derecho internacional privado mexicano", en Revista de derecho notarial, año XV, núm. 41, enero de 1971, pp. 15 y ss.

37 Arts. 4 y 9 de su Proyecto de Ley Reglamentaria del artículo 121 constitucional, base segunda.

38 Arteaga Nava, Elisur, "Análisis de la fracción II del artículo 121", en Cd Rom, Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, CENEDIC, Universidad de Colima, 2001.

39 Arellano García, Carlos, "Los conflictos de leyes sobre regímenes matrimoniales en el derecho mexicano", en Cd Rom, Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, CENEDIC, Universidad de Colima, 2001.

40 Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz Von, "El derecho conflictual mexicano en materia de sucesiones y sus posibles reformas", en Revista Mexicana de Justicia 87, núm. 1, vol. V, enero-marzo 1987, p. 215.

Sosteniendo una interpretación restrictiva. Parte de una doctrina conflictualista que suele diferenciar los diversos supuestos normativos que conforman una operación jurídica (v.g., forma, fondo, capacidad, efectos, registro). En estos casos coexisten diversos supuestos normativos, cada uno regido por un específico orden jurídico. Se trata de una interpretación que ya seguía Savigny.41 Corresponde a varios supuestos normativos (que en el derecho conflictual se les denomina cuestiones paralelas y que no deben confundirse con las cuestiones previas, preliminares o incidentales), coexisten en una operación jurídica.42

Un aspecto que destaca es la confusión que en el ejercicio práctico suele presentarse entre contratos que en algún aspecto se refieren a derechos reales, pues suele afirmarse la realidad de todo el contrato (someter el estatuto personal al real), lo que es incorrecto. Lo que ocurre es que se confunde los derechos reales con los personales o se subsumen los personales en los reales, lo que debe ser claramente definido.

> Ejemplo: Aunque los derechos reales comprendidos en una hipoteca pudieran estar regulados por la lex loci rei sitae, no cabría decir lo mismo acerca de los derechos personales del acreedor hipotecario, pues mientras en un lugar este crédito pudiera tener preferencia en el pago, en otro, no. En la hipótesis de los derechos personales podría haber normas sobre prescripción diferentes, lo que no ocurriría en el caso de los reales.[43]
>
> Es un hecho conocido que los bancos celebran con gran frecuencia contratos de préstamo con garantía hipotecaria, pactando que el orden jurídico será el de otra entidad federativa, diversa a la del lugar de la celebración, incluso, de la ubicación del inmueble.

V. Mi Particular Punto de Vista

A manera de conclusión, la base segunda, aunque alude a bienes, se reduce a los derechos reales. La base tercera se refiere expresamente a los derechos reales.44 El punto que pareciera estar a discusión en la base segunda.

Derecho real, afirma Gutiérrez y González, "es el poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa, para obtener de ella el grado de aprovechamiento que autoriza el título legal, y es oponible

41 Savigny, M.F.C., Sistema de derecho romano actual, t. VI, 2a edición, Madrid, Centro Editorial Góngora, S/f, pp. 223 y 224.

42 Aunque las cuestiones previas, así como las paralelas, pueden ser resueltas conforme a ordenamientos diversos, las paralelas se resuelven casi en forma simultánea. Tomemos como ejemplo el caso de un contrato sujeto a juicio, en el que se cuestiona la capacidad del contratante, la forma del contrato y el contenido del mismo. En este caso, el juez tiene frente a sí tres diversos supuestos normativos que resolver (v.g., capacidad, forma, contenido del contrato), donde cada uno podrá ser regido conforme a diferentes normas de conflicto. Silva, Jorge Alberto, Aplicación de normas conflictuales; la aportación del juez, México, UACJ-Fontamara, 2010, p. 259.

43 En cierta forma, esta perspectiva ha sido adoptada por la SCJN. Segunda Sala, SJF, 5a época, p. 1917, AR 4489/31, 4 de abril de 1933, registro: 362367.

44 Tribunales colegiados, SJF, 9a época, p. 1063, AD 528/96, 2 de julio de 1997, registro: 197171.

erga omnes."45 Sobresale el hecho de que hay sujetos pasivos, que son todo el mundo, pues deben de respetar el poder que el titular ejerce sobre el bien.46 El derecho real le otorga a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa y todos aquellos que se encuentran a su alrededor quedan obligados a respetarlo. En el derecho real, dice Oscar Morineau, no se trata precisamente del contacto entre el titular del derecho con la cosa, sino en la facultad de ejercer actividades sobre la cosa.47 En el derecho real encontramos un sujeto pasivo universal obligado; en cambio, en el derecho personal, el sujeto pasivo es un sujeto determinado.

Aunque el texto constitucional alude a la cosa o bien, la relación jurídica no es con el bien, sino con el poder que se ejerce sobre ese bien frente a todo el mundo. El orden jurídico regulador de esta relación es el de la ubicación de la cosa.

La base segunda constitucional, al recurrir a un enunciado elíptico, se ha referido, específicamente, a los derechos reales, esto es, al poder que ejerce el detentador sobre la cosa; poder que debe ser respetado por un sujeto pasivo universal.

La dimensión del enunciado constitucional, merece una interpretación restrictiva y funcional, se reduce a los derechos reales, sin supeditar los derechos personales. Incluso, un tribunal colegiado acogió únicamente los derechos reales.48

Tomemos en cuenta que una cosa es la constitución, mantenimiento y terminación de las relaciones personales y, otra, que en ese acto jurídico se involucren bienes. Jurídicamente es necesario hacer precisiones para cada relación. Incluso, la SCJN ha estimado saludable hacer una diferencia entre los supuestos que concurren, al afirmar:

> El derecho de crédito presupone la existencia de una relación jurídica integrada por tres elementos: el sujeto activo o acreedor, el sujeto pasivo o deudor, y la cosa u objeto sobre que recae; en tanto que el derecho real proviene de una relación directa e inmediata entre la persona y la cosa objeto de aquel vínculo, de manera que en esa relación solo existen dos elementos: la persona, sujeto activo del derecho real, y la cosa.[49]

Se trata temas o cuestiones que se presentan en un asunto al que concurren supuestos normativos diferentes y que, en principio, han de regirse en forma paralela, esto es, que cada supuesto se rija en forma autónoma. Sin necesidad de que la ley que rija a un supuesto subordine a los otros. Así como en la hipótesis de los

45 Gutiérrez y González, Ernesto, El patrimonio, México, Cajica, 1982, p. 194.

46 Aguilar Carvajal, Leopoldo, Segundo curso de derecho civil, México, Porrúa, 1967. Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho civil, t. 2, México, Porrúa, 1968.

47 Morineau, Oscar, Los derechos reales y el subsuelo en México, México, UNAM, FCE, 1997, p. 14.

48 Tribunales colegiados, SJF, 9a época, p. 1029, AR 484/2001, 10 de enero de 2002, registro: 183040. En forma similar: Tribunales colegiados, SJF, 10a época, p. 2609, AD 785/2017, 3 de mayo de 2018, registro: 2017605.

49 Tercera Sala, SJF, 5a época, p. 2588, AD 4946/37, 10 de marzo de 1941, registro: 354056.

contratos, un trato similar cabe adoptar tratándose de los bienes objeto de una sucesión mortis causae 50 o de una sociedad conyugal.

Como resultado de lo que trato de reformular, es necesario diferenciar las relaciones meramente personales de las reales (el estatuto real, del personal). A mí parecer no cabe subordinar el estatuto personal al real, pues de otra manera caeríamos en las tesis prevalecientes durante la Edad media y el absolutismo, en el que toda operación que involucrase bienes, dejaba de ser personal para convertirse real. Como muestra, ahí están las tesis que respaldaron al señor feudal, para someter a los siervos, así como las tesis de Dumoulin y Bertrand D'Argentré.51 Este último justificó su tesis porque sostuvo que "la condición humana es la tierra, a la que se encuentra adherido todo ser humano", rechazando las teorías personales (entre a tierra y las personas, se prefiere la tierra). Enfoque metodológico que respaldó al reinado de Luis XIV.52

Estas tesis, apoyadas en los llamados estatutos mixtos, condujeron a subordinar el estatuto personal al real, que no es un criterio razonable ni epistemológico a seguirse en nuestra época. Este enfoque epistémico que privilegia a los bienes por sobre las personas no cabe ser admitido en la actualidad, sobre todo, cuando se privilegian los derechos humanos.

Cabe destacar que en la base segunda la conducta no está descrita correctamente. Por brevitatis causae el legislador constitucional aludió a bienes muebles e inmuebles (el objeto de una relación patrimonial), queriendo referirse a la vinculación entre el titular de la cosa y el bien, aunque más correctamente significa que todo mundo debe respetar el derecho del titular de la cosa sobre el bien. En términos más racionales el texto constitucional se refiere a una operación o transacción jurídica (v.g., contrato) en la que se involucre algún bien.

50 En este sentido, se encuentra el CC de Nuevo León (art. 21 Bis IX) cuando excluye la sucesión mortis causae del derecho regulador de los bienes.

51 Para D'Argentré (siglo XVI) lo más importante fue la riqueza, la tierra, aun por encima del elemento personal. La lex fori fue exclusiva, porque era resultado de la soberanía territorial. Requejo Isidro, Marta, "Lex fori", en Chapter L.4: Encyclopedia of Private International Law, editada por Jürgen Basedow y otros, Edward Elgar Publishing, 2017.

52 Silva, Jorge Alberto, Notas para la historia del derecho internacional privado, México, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, 2016, pp. 81 y ss.

LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE INTERMEDIARIO QUE AMPARA ACTOS DE CORRUPCIÓN

James A. Graham*

Sumario: I. Introducción. II. La Ley Anticorrupción y la regla de conflicto. II.1 Lex contractus II.1.1. Elección por las partes. II.1.2. Ausencia de elección por las partes. II.2 Otras reglas del conflicto. III. La ley anticorrupción como ley de policía. IV. El orden público internacional del Foro. V. Bibliografía

Resumen: No existe razón particular para considerar el contrato de intermediario o de comisionista como una excepción a la regla de la lex contractus. El combate contra la corrupción está en la Ley de policía, especialmente en la Ley de policía extranjera. No obstante la reticencia de los jueces y árbitros de aplicarlas por falta de criterio, opinamos que se puede utilizar el del Reglamento Roma I para constituir una forma de criterio "internacional" tanto para los tribunales judiciales como arbitrales.

Palabras clave: Corrupción – Ley aplicable – Leyes de Policía - Leyes de Policía extranjera

Abstract: There is no particular reason to consider the intermediary or commission agent contract as an exception to the rule of lex contractus. The fight against corruption is in the Public Policy Law ("loi de police"), especially the foreign Public Policy Law. Despite the reluctance of judges and arbitrators to apply them due to lack of criteria, we believe that the Rome I Regulation can be used as a form of "international" criterion for both judicial and arbitral tribunals.

Keywords: - Corruption - Applicable Law – Public Policy Laws – Foreign Public Policy Laws

* Miembro Numerario, AMDIPC; Profesor titular, UANL, titular de la cátedra de Arbitraje en la Escuela doctoral; Socio, GRAHAM. Contacto: graham@jamesgraham.legal.

I - Introducción

Es de notoriedad pública que el comercio internacional no puede ser disociado del fenómeno de la corrupción[1] En particular, en relación con las licitaciones públicas. El esquema rudimentario consiste en que el extranjero que quiere ganar la licitación contrata un "intermediario" del país el cual organiza la licitación. El intermediario tiene por misión de hacer "todo lo posible" para obtener el mercado. En contraparte recibe un success fee. Si tal operación en sí no está relacionada con la corrupción, esta última aparece cuando el intermediario, con o sin el conocimiento del cliente extranjero, promete o da bienes económicos a un funcionario público para asegurar la obtención del mercado. Es también de notoriedad pública que, al menos oficialmente, los gobiernos quieren combatir tal corrupción; prueba es los numerosos textos internacionales que existen además de las leyes nacionales. Se puede citar, por ejemplo, la Convención interamericana contra la corrupción, o la Convención de la OECD para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; ambos tratados habiendo sido ratificado por México. Sin embargo, los textos que más llaman la atención por su notorio efecto extraterritorial, son las leyes americanas, británicas y francesas. El Foreign Corrupt Practices Act, el Bribery Act, y, la ley SAPIN II definen más o menos la corrupción tal como México lo ha hecho, verbigracia, desde 2012 con su Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, a saber es sancionable el acto "de prometer, ofrecer o entregar dinero o cualquier otra dádiva a un servidor público o a un tercero, a cambio de que dicho servidor público realice o se abstenga de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro servidor público, con el propósito de obtener o mantener un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación, recepción del dinero, de la dádiva, o del resultado obtenido".

Todo lo anterior se mencionó para poner en contexto el problema de la internacionalidad de la corrupción. Si ya habíamos analizado el fenómeno bajo el ángulo del arbitraje[2], creemos que es necesario ahora reflexionar sobre el Derecho aplicable al contrato de intermediario que ampara los actos de corrupción. A priori, se siente que es naturalmente la lex contractus que debe aplicarse. Pero ¿que pasa si esa Ley es permisiva? ¿Si no sanciona actos de corrupción? ¿Aun así, tiene que aplicarse? Varios tribunales han contestado con la afirmativa, aunque otras soluciones existen (II). Otra manera de operar, y en nuestra opinión probablemente la mejor, es de corregir los efectos de la autonomía de la voluntad con la aplicación de la Ley de policía extranjera que prohíbe la corrupción; no obstante el rechazo de la Unión europea de compartir tal punto de vista (III). Finalmente, el presente estudio no sería completo si no se mencionara el juego del orden público internacional frente a una lex contractus permisiva (IV).

1 Graham J. (2020). La corrupción en el comercio internacional. ICC Pauta, 93, 5.

2 Graham J. (2020). El estándar probatorio en relación con actos de corrupción en el arbitraje internacional, LA LEY Mediación y Arbitraje, 4,1; (2017)

Las leyes "anti-corrupción" y el Derecho Internacional privado. Breves observaciones. ICC Pauta, 81, 12.

II - La Ley Anticorrupción y la Regla de conflicto

La regla de conflicto que a priori tiene la aplicación más legítima es la lex contractus, visto que es la que en principio dicta todo lo relativo al contrato, que sea en México por la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, o, por ejemplo, en Uruguay por su reciente Ley General de Derecho Internacional Privado; o en la Unión europea por el reglamento Roma I (1). Sin embargo, la lex contractus elegida por las partes o determinada por el juez no permite alcanzar el objetivo buscado. Consecuentemente, es de interrogarse si es posible prever la aplicación de otras reglas de conflicto en la materia (2).

II.1 La Lex Contractus

En relación con la Ley aplicable al contrato, la situación más frecuente es en la cual las partes la han pactado por el juego de la autonomía de la voluntad (1). En caso contrario, el juez o el árbitro tiene que designarla (2).

II.1.1 Elección por las partes.

Es ilegal el acto en cuestión, si contraviene la Ley elegida por las partes. Tal postura es coherente en la medida que la lex contractus en principio es la Ley que las partes conocen, y que en caso les permite saber cuál acto es o no calificado de corrupción. Esta regla de conflicto trae obviamente un verdadero riesgo de promover los actos corrruptivos, visto que es suficiente con elegir un orden jurídico permisivo para escapar a cualquier sanción. En este sentido, es muy ilustrativo el asunto Hilmarton/OTV. Si uno lo asocia normalmente con la cuestión de la ejecución de laudos anulados, es también un gran caso relacionado con nuestro tema central de la corrupción, en particular en lo que concierne a la Ley aplicable. La mencionada disputa se refería al pago de una comisión por OTV, una empresa francesa, a Hilmarton, una corporación inglesa, por obtener un contrato de licitación en Argelia. Hilmarton estaba supuesto a "ser el asesor legal y fiscal así como encargarse de la administración y coordinación de las diferentes partes involucradas en el diseño y finalización de las distintas etapas del Proyecto de Drenaje de la ciudad de Argel". Una vez obtenido el mercado, OTV rechazó pagar la comisión debida con el argumento que Hilmarton hizo actos de corrupción para ganar dicha licitación. En un laudo del 19 de abril de 1989, el árbitro único sostuvo que la comisión no era debida ya que la Ley argelina, la cual no era la lex contractus sino una Ley de policía (en la opinión del árbitro), prohibía absolutamente los pagos a intermediarios en tales circunstancias, visto que "la actividad" [del intermediario] era esencialmente similar a la de un servicio de inteligencia empresarial más o menos confidencial y discreto, junto con una actividad consistente en ejercer influencia sobre las autoridades argelinas". Sin embargo, ningún tribunal judicial lo vio así. En primer lugar, dicho laudo fue nulificado por el Tribunal federal suizo (TFS) por el motivo que

> si es cierto que las partes querían indudablemente violar la ley argelina, ya que se entendieron entre ellas que Hilmarton tendría una actividad de intermediación prohibida por la ley argelina, esta violación no puede de ninguna manera constituir una violación de buenas costumbres según la ley suiza [la lex contractus], la única aplicable al presente caso.

El segundo laudo dio razón al intermediario, y todos los Estados ejecutaron la decisión. Es así que los jueces ingleses consideran que, si los tribunales del Estado sede no ven una causa para nulificar el contrato de intermediario, entonces el laudo es ejecutable, aunque si la Ley inglesa había sido aplicada, el resultado hubiera sido diferente:

> An arbitration award, made under a foreign proper and curial law, which had specifically found that there was no corrupt practice should be enforced in England even if English law would have arrived at a different result on the ground that the underlying contract breached public policy because its performance involved a breach of statutory regulation in the place of performance. Accordingly, a Swiss arbitral award which determined that there had been no attempt at bribery or corruption in Algeria but merely a breach of a statute aimed at protecting Algerian suppliers from foreign competition, and hence that the contract concerned was not unenforceable as contrary to Swiss public policy, would be enforced even though an English tribunal might have come to a different conclusion[3]

Los tribunales franceses tampoco tuvieron muchas reticencias para ejecutar el laudo. A iniciativa de la empresa Hilmarton, la ejecución de esta segunda sentencia fue ordenada por el Presidente del Tribunal de grande instancia de Nanterre[4]. Al mismo tiempo, la empresa Hilmarton obtuvo de este mismo Tribunal[5], el reconocimiento de la sentencia del TFS, que anuló la primera sentencia.

Ahora bien, la doctrina francesa del fraude à la loi[6], hubiera a lo mejor podido corregir tal aberración. Desde el fallo innovador del 18 mars 1878, Princesse de Beaufremont, la Corte de Casación francesa, se considera con Leonel Pereznieto (2015)[7] que es un fraude a la Ley el hecho de cambiar un punto de conexión de manera a obtener la aplicación de una ley con su resultado substancial que de otro modo no se hubiera logrado. Por ejemplo, si la residencia conyugal está en un país que prohíbe el divorcio, el hecho de "trasladar" el domicilio en un país donde se reconoce el divorcio, puede considerarse como un fraude a la ley prohibitiva. Como lo dijo un Colegiado:

> FRAUDE A LA LEY E INTERPRETACIÓN LÓGICA. SU CONCEPTO. La figura del fraude a la ley, fraus legis o in fraudem legis agere, como se le conoció en el derecho romano, consiste en respetar la letra violando el espíritu de la ley. Sobre el particular, es atendible el texto de Paulo, visible en el parágrafo 29, Título III, Libro I, del Digesto: Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit. Esto es: Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su

3 Queens Bench Division (Commercial Court), Omnium de Traitement et de Valorisation SA v Hilmarton Ltd, 24/05/1999.

4 Decisión, 25/02/1993.

5 Decisión, 22/09/1993.

6 Audit B. (1974), La fraude à la loi, Revue internationale de droit comparé, 899.

7 Derecho Internacional Privado – Parte General, 10ª ed. Oxford, 236.

> sentido. Dicho en otros términos: fraude a la ley es frustrar sus propósitos, es violar o eludir el espíritu que la anima y llevar a un resultado contrario al deseado, con el pretexto de respetar su letra; en cuya situación se está finalmente en contra de la ley, al ser esa aplicación literal contraria a la intención del legislador. En relación con lo anterior, debe tenerse en cuenta que mientras que la interpretación literal de la ley es la que determina el sentido propio de las palabras, la interpretación lógica es la que fija el verdadero sentido o fin que persigue la ley[8].

Sin embargo, es un mecanismo complicado de aplicación porque nolens volens se debe comprobar la intención que está detrás del cambio de los elementos de conexión. Es en este sentido que la Corte de Apelación de Paris anuló un laudo por fraude a una Ley de policía extranjera, mas que lo hizo a través del juego del orden público internacional[9].

Por lo tanto, pocas serán los casos, donde con éxito uno puede alegar el fraude a la Ley.

II.1.2 Ausencia de elección por las partes.

En ausencia de una elección de la lex contractus por las partes, el juez o el árbitro aplicarán la Ley que tiene los vínculos más estrechos con el contrato (Roma I[10], Convención de México[11]) que en la mayoría de los casos es la del lugar donde está el establecimiento principal de él que hace la prestación característica. Consecuentemente, si se alega que el intermediario contratado para hacer la licitación hizo actos de corrupción para la obtención de un mercado, será la Ley de su principal establecimiento que se aplicará. Es así que en el caso CCI 8113,[12] el contrato de intermediación no contenía la cláusula sobre la Ley aplicable. El Tribunal arbitral consideró que las reglas de designación aplicables eran las del establecimiento principal del intermediario, quien había proveído la prestación característica, quiere decir, se aplicó la doctrina de la proximidad. En este caso, fue la Ley siriana, que a su vez, dispuso que la lex loci celebracionis es aplicable, lo que condujo a la aplicación de la Ley alemana. El problema fue que la Ley siriana prohibió cualquier intermediación en las licitaciones públicas; al contrario de la Ley alemana. Total, el contrato fue validado. Lo mismo ocurrió con Westinghouse, donde los árbitros ignoraron la Ley filipina como Ley de policía, para aplicar la Ley que tiene los vínculos más estrechos.[13] De lo anterior, se desprende que ni la autonomía de la voluntad ni el principio de proximidad en realidad son reglas de designación satisfactorias, y consecuentemente se debe de ver si es posible aplicar otras reglas de conflicto que la de la lex contractus.

8 OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Queja 245/2017. Bancolombia Puerto Rico Internacional, Inc. 31 de octubre de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez. Esta tesis se publicó el viernes 12 de enero de 2018 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

9 MK Group, 16/01/2018, (2018) Rev. arb. 401, obs. Lemaire. Vid. infra III y IV.

10 Art. 4.

11 Art. 9.

12 Partial Award on the Applicable Law, 24/02/1995, Yearbook, 2000, 324.

13 TSF, Westinghouse vs Philippines, 02/09/1993, (1994) ASA Bull., 244.

II.2 Otras Reglas de Conflicto

De antemano se debe eliminar la regla de la lex loci occurit, visto que es un precepto para la responsabilidad civil y no para los contratos al contrario de lo que han pensado algunos tribunales[14].

Tampoco, hay lugar a la aplicación de la lex loci regit, siendo normalmente el lugar de celebración del contrato sin relevancia. Finalmente, la regla de conflicto más eficaz parece ser la lex personae, quiere decir la Ley nacional, sin consideración del lugar donde se presume la actuación ilícita, actuando como complemento a las disposiciones penales. Como lo hemos mencionado, la FCPA americana[15] o la ley francesa Sapin II[16] establecen expresamente una competencia personal sobre todos sus nacionales, prohibiéndoles cometer actos de corrupción en cualquier lugar del mundo. Sin embargo, es cierto también que esta regla de conflicto tampoco garantiza que se aplique una Ley que sanciona la corrupción, además tendría que conllevar un cumul de todas las leyes personales en presencia: la del contratante, la del intermediario, y en este caso la del funcionario público que recibió, por ejemplo, el "regalo". Sin hablar que tal unilateralismo no resuelve la problemática de las leyes personales permisivas. Otra manera de operar sería tener una regla de conflicto optativa: si una de las leyes en presencia (lex loci regit, lex personae, etc.) prohíbe la corrupción, el contrato de intermediario es nulo.

Sin embargo, las reglas evocadas son violatorias tanto de la Convención de México como el Reglamento comunitario, que expresamente prevén solo la lex contractus o la Ley que tenga los vínculos estrechos. Claro, es siempre posible de establecer que la lex personae, verbigracia, tiene vínculos más estrechos con el contrato de la Ley del establecimiento del prestador de servicio, en este caso, el intermediario. En realidad, sería pervertir las reglas de interpretación para llegar a tal resultado. Eso además, que en realidad, el objetivo buscado puede lograrse si las leyes anticorrupción son vistas como leyes de policía.

III - La Ley Anticorrupción como Ley de Policía

El hecho de que todas las leyes anticorrupción contienen disposiciones penales, es obvio que se deben considerar como leyes de policía, al menos en la mayoría de los casos[17]. En efecto, es Ley de policía aquella cuya observancia un Estado considera esencial para la salvaguarda 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, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato[18]. Cuando la ley de policía

14 Por ejemplo: Korea Life Ins. Co., Ltd. v. Morgan Guar. Trust Co. of New York, 269 F. Supp. 2d 424, 438 (S.D.N.Y. 2003).

15 de la Torre, Mateo J. (2016). The Foreign Corrupt Practices Act: Imposing an American Definition of Corruption on Global Markets. Cornell International Law Journal, 49, 5.

16 d'Ambrosio L. (2019). Private interests and the fight against corruption: The mixed results of the French Sapin II law. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1.

17 Graham J. (2018), Lecciones de Arbitraje internacional, Zamanga Editores, # 426.

18 Art. 9 Reglamento EU Roma I. Adde: Graham J. (2016), Manual de Derecho internacional privado, Zamanga Editores, 37; Smahi N. (2021). Applying "Foreign" Mandatory Laws in International Arbitration Despite the Parties' Choice of Law: A Necessary Evil? ASA Bulletin, 39, 570; de

y la lex contractus coinciden, no hay problemas de aplicación. Diferente es la situación cuando la ley de policía no es del mismo orden jurídico que la lex contractus. El artículo 11 de la Convención de México y el artículo 9 del Reglamento comunitario Roma I[19] permiten una discreción en cuanto a la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos, dando así una simple opción para el árbitro o el juez de aplicar la Ley de policía distinta de la lex contractus. El instrumento interamericano establece que "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"[20]; mientras que el texto comunitario prevé que se "podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación"[21]. A grandes rasgos, en el continente americano, la ley de policía extranjera, para ser aplicable, tiene que tener vínculos estrechos con el contrato, mientras que en el continente europeo, sólo la ley de policía extranjera del lugar de ejecución puede aplicarse.

> La discrecionalidad de la aplicación de las reglas internacionalmente imperativas conlleve interpretaciones divergentes. Lo anterior fue particularmente ilustrado en el caso de Hilmarton, donde el primer árbitro además de calificar la Ley argelina como Ley de policía, consideró que el combate contra la corrupción es un valor protegido por el orden público internacional, mientras que en el asunto ICC 9333, el árbitro único simplemente rechazó la aplicación de la Ley de policía extranjera. En realidad, es una cuestión de perspectiva. El TFS, en Hilmarton, se basó en la ilicitud o no del objeto del contrato de intermediario, mientras que el primer árbitro se focalizó en la ilicitud de los actos cometidos por el intermediario en la realización de su contrato.
>
> Consecuentemente, el juzgador tiene que resolver tres cuestiones: i) si ninguna parte alegó una ley de policía, el tribunal ¿puede aplicar ex officio tal ley[22]?; ii) ¿si una ley anti-corrupción es o no es una ley de policía?; iii) ¿si hay que aplicar o no una ley de policía extranjera? No es posible en el presente estudio de entrar en detalle en todas esas cuestiones. De manera general, se puede afirmar que tanto los jueces como los árbitros son reticentes a aplicar i) leyes no invocadas por las partes y ii) leyes de policía extranjeras. Un muy buen ejemplo es el fallo Sofregaz, en el cual, paradojalmente, se dio la aplicación de una Ley de policía extranjera, pero solamente

Vareilles-Sommières, P. (2011). Lois de police et politiques législatives. Revue critique de droit international privé, 2, 207; Racine, J. (2010). Droit économique et lois de police. Revue internationale de droit économique, XXIV, 61.

19 Wilderspin, M. (2019). Les lois de police et le règlement Rome I. In: Le Gallou, C., & Marmisse-d'Abbadie d'Arrast, A. (Eds.), Le contrat dans tous ses États. Presses de l'Université Toulouse 1, 5.

20 Art. 11.

21 Art. 9.3.

22 La Suprema Corte francesa contestó por la afirmativa (Com., Moller Maersk, 16/03/2010).

> porque esa ley en cuestión expresó valores sobre los cuales existe un "consenso interacional"[23].

Ahora bien, se puede proponer de "internacionalizar" el criterio de la Unión europea en materia de leyes de policía extranjeras. Se aplican las disposiciones imperativas extranjeras, si se ha tomado en cuenta, la naturaleza y el objeto de la ley de policía extranjera, así como las circunstancias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación. Esa formulación pudiera ser una forma de criterio transnacional tanto para los jueces como los árbitros, sin restringir el criterio al solo lugar de ejecución como lo hace Roma I[24], ni requerir vínculos estrechos. Obviamente, en el momento de la motivación, el árbitro tendría que argumentar el porqué de la aplicación de esa ley de policía extranjera y su relación con el contrato.

Dicho eso, es importante resaltar que la ley de policía no es parte del orden público internacional. Claro es posible que una ley de policía defiende el mismo valor que el orden público internacional, pero se distingue por la metodología. También es posible tener una ley de policía que sanciona un valor que no es parte del orden público internacional. Tomamos, por ejemplo, el método de calculo del aumento de las rentas de inmuebles. Normalmente, el legislador acuerda una tasa máxima de aumento. Esa tasa es "imperativa" por combatir la inflación. Sin embargo, no se puede decir que una sentencia que aprueba un aumento de renta en un país extranjero que no prevé ninguna tasa límite, fuera contrario al orden público internacional. Y es lo que ha dicho también la Corte de Apelación de Paris en su fallo Sofregaz. Una ley de policía extranjera puede solamente ser "parte" del orden público internacional si esa ley en cuestión expresó valores sobre los

23 CA París, 03/06/2020, (2020) Rev. arb., 1121, obs J.Y. Garaud et al.

24 LA CJUE confirmó la interpretación estricta del art. 9.1 del Reglamento Roma I: no se puede aplicar ninguna ley de policía otra que la del lugar de ejecución de la obligación. Nikiforidis, de nacionalidad griega, trabajaba como profesor en la escuela primaria griega de Nüremberg, Alemania. La escuela estaba dirigida por el Estado griego. La relación laboral de Nikiforidis se rige por la legislación alemana. Tras la crisis financiera griega, el Consejo Europeo exigió a Grecia, entre otras cosas, que adoptara una reforma de su legislación salarial en el sector público con miras a reducir su déficit público. Grecia también firmó un acuerdo con la Comisión Europea, el Banco Central y el Fondo Monetario Internacional en el que acordó reducir su déficit público a cambio de recibir apoyo de estas instituciones. De conformidad con la solicitud del Consejo y el acuerdo, Grecia aplicó una serie de medidas, incluida la Ley n.º 3833/2010, que preveía la congelación inmediata de cualquier aumento salarial e imponía una reducción del 12 % en las asignaciones de cualquier tipo, reembolso y remuneración de los funcionarios y empleados de las administraciones públicas, y la Ley n.º 3845/2010, que impuso una nueva reducción salarial del 3 %. Tras la entrada en vigor de estas disposiciones, Grecia redujo el salario de Nikiforidis, a pesar de que esto no se ajustaba a la legislación laboral alemana. Nikiforidis luego inició un proceso en Alemania, en busca de salarios y nóminas no pagados. Tanto la lex fori como la lex causae eran leyes alemanas. La Ley griega era, por lo tanto, la Ley de un tercer país. No se discutía que las disposiciones de las Leyes n.º 3833/2010 y 3845/2010 anulaban las normas imperativas en el sentido del artículo 9, apartado 1, del Reglamento Roma I. Prima facie, sin embargo, no se cumplían los requisitos para hacer efectivas las normas imperativas de un tercer país establecidas en el artículo 9.3 : Alemania, no Grecia, era el lugar de ejecución del contrato. Por lo tanto, no se pudo aplicar la Ley griega (Republik Griechenland contra Grigorios Nikiforidis, 18/10/2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62015CJ0135).

cuales existe un "consenso internacional"[25]. La doctrina erróneamente enfatizó el término "ser parte" para sostener que las leyes de policía son ¡parte! del orden público internacional. Como lo vimos, no es así[26].

Aclarado este punto, se queda la cuestión del orden público internacional en sí respecto a los contratos viciados por actos corruptivos. Si no es directamente un punto de estudio concerniendo la Ley aplicable, es también cierto que los tribunales europeos últimamente han desarollado una cierta regla material de control de la regularidad de una sentencia en relación con el orden público internacional.

IV – El Orden Público Internacional del Foro

Desde hace unos años, la Corte de Apelación de París aplica una mecánica similar a una regla material en materia de orden público internacional en relación con la ejecución de los laudos internacionales, la cual prevé el estándar de los red flags, originario del Derecho americano[27]. La regla pudiera enunciarse en la siguiente forma: es inejecutable un laudo internacional si no pasa el test de los red flags en caso de alegación de actos de corrupción. La metodología consiste a que el juez de la exequatur pueda ordenar una investigación "independiente" de los hechos de corrupción alegados. El fallo Alstom de la Corte de apelación de París[28] reúne todo para ilustrar perfectamente el "nuevo manejo" que tienen las empresas y los tribunales vis-à-vis de la corrupción. En primer lugar, la demandada confiesa prácticas corruptivas habituales; sin embargo, pide que los contratos de comisión que pactó sean nulos por actos de corrupción. En segundo lugar, la Corte de apelación hace su propia investigación para verificar que los alegados contratos no sean violatorios del orden público internacional. El estándar probatorio consiste en determinar sobre la base de un conjunto de indicios que constituyan una sospecha suficientemente grave para inducir a privar de efecto o nulificar el contrato. Cuando estos índices son rojos, cada uno de ellos constituye una "bandera roja" ("red flag"), es decir, un hecho circunstancial para permitir considerar una posible corrupción y, en última instancia, presumirla.[29] Luego le corresponde a quien lo impugne probar la ausencia de cualquier pacto de corrupción, antes de exigir que se ejecute el contrato.[30] Para ilustrar lo anterior, vale la pena mencionar los hechos del caso Alstom.

25 CA París, 03/06/2020, Rev. arb. (2020)1121, obs J.Y. Garaud et al. Adde: CA París, République de Guinée vs A.D. – TradeBelgium, 12/04/2021, ICC Disp. Res. Bull. (2021) 29.

26 Cf Nord N. (2003). Ordre public et lois de police en Droit international privé, tesis doctoral. Universidad de Estrasburgo III.

27 Para un estudio completo de la problemática de la corrupción bajo el ángulo del conflicto de jurisdicción y de la recepción de una sentencia que no sanciona la corrupción, vid. Kramer X. (2012). Private International Law Responses to Corruption, in: International Law and the Fight against Corruption. Asser Press, 99.

28 CA Paris, Société Alstom Transport SA et autres c/ société Alexander Brothers Ltd, 28/05/2019, (2019) Rev. arb., 851, obs. Gaillard.

29 Ver también: CA París, 15/09/2020, Samwell. (2020) Rev. arb. 1085, obs Pinna.

30 CA París, Sorelec, 17/11/2020; République du Kirghizstan c. Belokon, 21/02/2017.

La empresa francesa Alstom Transport SA y la empresa inglesa Alstom Network U.K Ltd. celebraron tres contratos de consultoría con Alexander Brothers Ltd (ABL), una firma de abogados en la región administrativa de Hong Kong (República Popular de China), para ayudarlos a presentar ofertas para el suministro de equipos ferroviarios en China. Los dos primeros contratos se referían a licitaciones del Ministerio de Transporte para el suministro de locomotoras eléctricas de carga pesada y trenes de pasajeros de alta velocidad autopropulsados. El tercero, celebrado el 2 diciembre de 2009, estaba relacionado con una licitación del Shanghái Shengton Holding Group para el suministro de material rodante para la ampliación del metro de Shanghái. Alstom se adjudicó estos tres contratos. Consecuentemente, pagó al intermediario los Contratos 1 y 2, pero no pagó el saldo y no pagó nada en virtud del Contrato 3. El 20 de diciembre de 2013, ABL presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI sobre la base de las cláusulas de arbitraje estipuladas en los tres contratos, que preveían el arbitraje en Ginebra con aplicación de la Ley suiza al fondo de la controversia. ABL reclamó el saldo de sus facturas. El Tribunal arbitral dio razón a ABL. En el procedimiento de exequatur del laudo en Francia, Alstom sostuvo que el laudo es contrario "a las normas de ética y cumplimiento estipuladas en el contrato para prevenir prácticas corruptas en el comercio internacional", violando el orden público internacional, sin importar que no se demuestren hechos de corrupción. Mediante auto de 10 de abril de 2018, la Corte de apelación de París ordenó la producción bajo pena de varios documentos por parte de Alstom e invitó a las partes a alegar la existencia de un contrato de corrupción.

Ahora bien, el Tribunal arbitral había desarrollado el siguiente razonamiento:

> "Dado que las partes acordaron que los tres contratos de consultoría se regirán por la Ley suiza, es necesario pronunciarse sobre la legalidad general de estos contratos bajo la Ley suiza. Desde el punto de vista jurídico, los contratos celebrados entre las partes no son ilícitos en sí mismos.
>
> Ninguna de las partes alegó que las partes tuvieran la intención de que el demandante cometiera actos de corrupción o ejerciera cualquier otra forma de influencia indebida sobre los clientes potenciales para obtener contratos. Por tanto, los contratos de consultores no se celebraron con fines ilegales. En este arbitraje no se argumentó que los tres contratos de consultores se obtuvieran por corrupción".

Sobre la alegación de las empresas Alstom, de que determinadas autoridades estatales podrían interpretar el pago como una remuneración por prácticas corruptas, los árbitros señalaron que ABL:

> "fue designado específicamente como consultor debido a que sus contactos con altos funcionarios del gobierno y [empresas de Alstom] esperaban que usara estos contactos para obtener los proyectos. Si bien los contratos de este tipo están prohibidos como tales en algunos países donde se cree que generalmente están destinados a ocultar prácticas corruptas, otros países como Suiza evitan la prohibición general de tales contratos. Por lo tanto, se requiere que se demuestre que las partes realmente pretendían que el agente o consultor sobornara o ejerciera influencia indebida sobre los funcionarios[31]".

31 Laudo, #258.

El Tribunal arbitral observó que la carga de la prueba pesa sobre las empresas de Alstom; que, en ese caso, no se demostró que la Oficina de Fraudes Graves del Reino Unido o cualquier otra autoridad estatal haya investigado los contratos en cuestión, o incluso las actividades del grupo Alstom en China. Los árbitros agregaron que, si se puede rebajar el estándar probatorio en el caso de una alegación de corrupción, dada la dificultad de establecer tales hechos, no era necesario en el caso. En efecto, Alstom se había limitado a indicar que no entendía cómo ABL había entrado en posesión de documentos que contenían información potencialmente confidencial, ni cómo había persuadido a la Municipalidad de Shanghái para que le adjudicara el contrato de la línea 2 del metro en ese momento, ya que su oferta había obtenido una puntuación inferior a la de sus competidores. El Tribunal concluye que:

> "no se alega, sin embargo, que hubo actos de corrupción u otro comportamiento delictivo y [que] hay pruebas aún menos concluyentes de la existencia de actividad ilegal[32]".

En otras palabras, Alstom alegó mas no comprobó que la decisión de adjudicación del contrato resultó, por un lado, de la consideración por parte del alcalde de Shanghái de los argumentos de ABL. De hecho, se desprende del correo electrónico del 11 de febrero de 2008 que la oferta de Alstom recibió una calificación inferior a la de sus competidores después de la ponderación entre criterios técnicos y financieros, y que, se mantuvo en la intervención de las autoridades municipales, antes de cualquier consideración del precio de los repuestos. Por tanto, parece que se distorsionó la competencia, por una parte, porque Alstom fue informada de la evaluación de las ofertas antes de su publicación y, por otra parte, porque se adjudicó el contrato, realizado sobre criterios ajenos a los de la convocatoria de licitación, sin que se haya comenzado a demostrar la naturaleza de dichos criterios. De allí, la Corte de apelación hace su propia investigación; entre otros, ordena la auditoría de la empresa ABL: tanto financiera, como material y humana. Se desprende de la auditoría que los asociados de ABL (tres familiares) recibieron en tres años 1.886.000 USD en forma de dividendos, cuyo uso no puede controlarse; 1,597,000 USD en reembolso de gastos corrientes sin facturas y 742,000 USD en reembolso de préstamos en cuentas corrientes de asociados, o sea aproximadamente el 90% de las sumas pagadas por un solo director, Alstom. De ello se desprende que ABL era esencialmente un vehículo para transferir fondos a sus asociados, para usos poco o no comprobables. A esta circunstancia se suma la compra de bienes costosos (muebles, obras de arte) que no se han encontrado en el activo, así como gastos por "entretenimiento" por un monto elevado (más de 40.000 USD por año en promedio). Otro indicio del uso de procedimientos ilícitos son los bajos (por no decir inexistentes) recursos materiales y humanos de ABL. Si esta última afirma que empleó a nueve empleados, sólo presenta en apoyo a esta alegación "hojas de información del consultor" enviadas a Alstom desde 2008. Además de que estos documentos son puramente declarativos y no especifican el nombre y el rol de las personas involucradas, no están corroborados por la producción de contratos de trabajo o cualquier otra prueba material. Finalmente, se concluyó que había operaciones de corrupción y por lo tanto no se podría ejecutar el laudo en Francia.

No vamos a debatir aquí si la metodología de la Corte de Apelación de Paris es adecuada o no. Lo que se puede decir en relación con nuestro tema, es que el orden público internacional por definición llega tarde. Ya existe un laudo o una sentencia extranjera que ha "validado" los actos corruptivos. Es por eso, que

32 Laudo, #266.

defendemos la aplicación sistemática de las leyes de policía extranjeras, según el criterio que hemos propuesto, para que ab initio se sancione la corrupción.

V. Conclusión

Seamos realistas. El TFS hubiera podido sin mayor esfuerzo nulificar el primer laudo Hilmarton el cual rechazó la condena en pago de la comisión. En otras palabras, los Estados oficialmente denuncian la corrupción, pero indirectamente protegen las prácticas de sus empresas. Por ejemplo, en Alstom, los jueces británicos consideraron que las diversas disposiciones legales de la Unión europea en relación con el combate contra la corrupción no son Leyes de policía:

> It is plain from this material that the EU has, in general terms, set its face against corruption. But aside from the area of money laundering it has not put in place mandatory laws or rules. In the context of international corruption of the kind in focus here it has left it to the individual member states to adopt what measures seem good to them. There is, in short, no applicable mandatory rule or public policy[33],

mientras que en Sofregaz, los altos magistrados franceses consideran los dispositivos comunitarios como leyes de policía nacionales y parte del orden público internacional[34]. Cuestión de percepción. Lo que por uno (Europeos) es mandatorio, no lo es por el otro (Británicos). Uno no puede impedirse pensar que atrás del dictum de los jueces ingleses, se ha escondido el famoso british business spirit. Lo mismo se pudiera decir de Suiza. Y si Francia y Estados Unidos parecen tener la voluntad de combatir la corrupción, es también cierto que su jurisprudencia no está tan clara como para poder reconocer una voluntad infalible en este combate, que en verdad está en el corazón, entre otros, de las licitaciones públicas, que valen miles de millones de dólares anuales; licitaciones que implican mercados muchas veces cruciales y vitales para las empresas. Y los países apoyan de una u otra manera a sus empresas-exportadoras. Pero eso ya no es una cuestión de Derecho sino un problema político. En lo que concierne al Derecho internacional privado, éste puede al menos ofrecer su concepto de leyes de policía para combatir el fenómeno tan denunciado, mas nunca realmente combatido.

33 High Court of Justice of England and Wales, ABL v. Alstom Transport and Alstom Network, 18/06/2020.

34 CA París, 03/06/2020, (2020) Rev. arb. 2020.1121, obs Garaud et al.

VI – Bibliografía

Bonell M.J. & Meyer Springer O. (2015). The Impact of Corruption on International Commercial Contracts. Springer.

Graham J. (2018). Manual de Derecho internacional privado. Zamanga Editores.

Kalin Ch. (2014). Verhaltensnorm und Kollisionsrecht. Eine Studie zu den rechtsgeschäftlichen Auswirkungen der Korruption im internationalen Rechtsverkehr. Mohr Siebeck

Meier A. & Oetiker C. (2021), Arbitration and Corruption, Kluwer.

Pereznieto L. (2015). Derecho Internacional Privado – Parte General, 10ª ed. Oxford.

Seraglini C. (2011), Lois de police et justice arbitrale internationale, Dalloz.

Sayed A. (2004), Corruption in International Trade and Commercial Arbitration, Kluwer.

***

Grušić U. (2020). Some Recent Developments Regarding the Treatment of Overriding Mandatory Rules of Third Countries. ELTE LJ, 89.

Salomao Filho C. & Pinto Ido V. (2020), Corruption globale et pouvoir économique, in: Muir Watt H. et al (2020), Le tournant global en droit international privé, Editions Pedone, 289.

HACIA UNA INTERPRETACIÓN UNIFORME DEL CONCEPTO DE RESIDENCIA HABITUAL EN EL CONTEXTO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

María Mayela CELIS AGUILAR*

Sumario: 1. Introducción. 1.2. Las ventajas de la residencia habitual y su relación con otros puntos de conexión. 1.3. La residencia habitual y el Convenio de La Haya de 1980. 2. La residencia habitual en la doctrina y una referencia especial a las legislaciones de México y España. 3. Interpretación del concepto de residencia habitual en la Unión Europea: hacia un concepto "eminentemente fáctico". 4. Conclusión. 5. Bibliografía

Resumen: El objetivo del presente artículo es analizar el concepto de residencia habitual, así como la tendencia actual a su interpretación uniforme en el contexto de la sustracción internacional de menores. En particular, se intentará demostrar que la residencia habitual es un concepto eminentemente fáctico, y por tanto maleable, y que su interpretación tiene una repercusión importante especialmente en tiempos de pandemia.

Palabras Clave: Residencia – Residencia habitual – Menor – Convenios de La Haya

Abstract: The objective of this article is to analyze the concept of habitual residence, as well as the current trend towards its uniform interpretation in the context of international child abduction. In particular, we will try to show that habitual residence is a predominantly factual concept, and therefore flexible, and that its interpretation has an important impact, especially in times of pandemic.

* Académica de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP). Maestra en derecho por la Universidad de Nueva York (NYU). Anterior Oficial Legal Principal de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH). Doctoranda en el Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). El presente trabajo forma parte de la investigación que la autora está realizando en la UNED en el marco de la tesis doctoral que lleva por título (provisional): "El Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: cuatro décadas de interpretación evolutiva". Este tema fue presentado como ponencia en el Seminario de la AMEDIP en 2021. Correo electrónico de la autora: mcelis23@alumno.uned.es.

Keywords: Residence – Habitual residence – Child – Hague Conventions

I. Introducción

La residencia habitual es un punto de conexión que ha estado en constante evolución y que al parecer ha alcanzado una interpretación uniforme en el siglo XXI en el contexto de la sustracción internacional de menores. Su análisis se encuentra necesariamente influido por acontecimientos mundiales pues estos tendrán una repercusión en el caso concreto.

En efecto, la pandemia del Covid-19 ha posiblemente exacerbado las demoras en la tramitación de solicitudes de restitución, así como en la ejecución de las decisiones de restitución de menores en virtud del *Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (Convenio de La Haya de 1980 o Convenio), aunque aún no se cuentan con estadísticas concretas.

Lo anterior es lógico si se observa que dicha pandemia ha provocado la imposición de restricciones migratorias y limitaciones de viajes desconocidas e inimaginables hasta antes de dicha pandemia,[1] la cual fue declarada como tal a principios de 2020. Aunado a lo anterior, la inequidad en el acceso a las vacunas del Covid-19 y las dificultades de la prueba del certificado de vacunación (en Europa se cuenta con un QR Code europeo en un app oficial, el cual era, por lo general, la única forma de prueba) o de otro tipo de certificado (recuperación de dicha enfermedad o prueba diagnóstica negativa con validez de 72, 48 o 24 horas), así como las limitaciones en las vacunas aprobadas en ciertos países para sus ciudadanos y para efectos migratorios, sirven de limitantes adicionales para la circulación de personas.[2] Y ni se hable de la necesidad de cuarentena que es recomendada también en los casos de niños, niñas y adolescentes.

A lo anterior, se añade el conflicto armado que ha surgido actualmente en Ucrania y que ha provocado que millones de ucranianos (incluyendo al menos un millón de niños acompañados o viajando solos)[3] pidan asilo en otros Estados europeos. Este flujo migratorio, las posibles facilidades y oportunidades ofrecidas en los nuevos Estados y la duración del conflicto tendrán posiblemente un impacto en la residencia habitual de los refugiados.

1 Por ejemplo, existieron restricciones migratorias por alrededor de 20 meses en el periodo de marzo de 2020 a noviembre de 2021 que prohibían a ciudadanos europeos viajar, por razones turísticas o de negocios, a Estados Unidos de América. Por otro lado, Australia limitó el número de ciudadanos australianos que pueden ingresar en territorio australiano cada semana, dado que sus fronteras estaban cerradas; por lo que forzosamente australianos no podían retornar a su país cuando lo deseaban y debían solicitar extensión de su visas en el lugar donde se encontraban. Argentina también estableció un cupo limitado de ingreso a sus propios nacionales. Algunas restricciones ya se han suavizado pero podrían restringirse de nueva cuenta.

2 Algunas limitantes no aplican para niños menores de 12 años pero sí al padre o madre que viaje con ellos.

3 A mediados de marzo de 2022, UNICEF ha contabilizado que un millón de niños ha huido de Ucrania. Reuters, "More than 1 million children fled Ukraine since start of Russian invasion -UNICEF", Reuters, 9 de marzo de 2022 https://www.reuters.com/world/europe/more-than-1-million-children-fled-ukraine-since-start-russian-invasion-unicef-2022-03-09/.

Ahora bien, el término de "residencial habitual" no se encuentra definido en el Convenio de La Haya de 1980. Sin embargo, es un concepto profundamente establecido en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.[4] Cabe destacar que durante el transcurso de los años, la Conferencia de La Haya ha resistido la tentación de definir dicho término en materia de familia, así como en otras materias, debido a las múltiples desventajas que esto conllevaría.[5] En efecto, se rehusó definir dicho concepto, más recientemente, en el marco *del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (Convenio de La Haya sobre Protección de Niños), a pesar de la propuesta de establecer 6 meses como el mínimo periodo de tiempo para conferir una residencia habitual.[6]

El origen del término "residencia habitual" se remonta a finales del siglo XIX en Alemania, el cual era referido como *"gewöhnlicher Aufenthalt"*, vocablos que continúan siendo utilizados hasta nuestros días.[7] Dicho término fue utilizado por vez primera en legislación interna alemana sobre vivienda social de 1870 (la denominada *"Gesetz über den Unterstützungswohnsitz"*). Posteriormente, Alemania concluyó tratados bilaterales que utilizaban dicho término con Francia (1880) y el Imperio austrohúngaro (1886).[8]

En el contexto del derecho de familia de los convenios de la Conferencia de La Haya, dichos vocablos fueron utilizados por vez primera en la *Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs* (Convenio del 12 de junio de 1902 para regular la tutela de menores).[9]

No obstante, el hito en la utilización de dicho concepto en los Convenios de la Conferencia de La Haya ocurrió en 1956 mediante su inclusión en el artículo primero del *Convenio de La Haya de 24 de octubre de*

4 Winter, L. I. d.(1970). Nationality or Domicile? The Present State of Affairs. Recueil des cours. Vol. 128. III 1969. A.W. Sijthoff. pp. 423-428; Dutta, A. (2017). Domicile, habitual residence and establishment. En Jürgen Basedow et al. (Eds.), Encyclopedia of Private International Law. Edward Elgar Publishing Limited, pp. 556-557.

5 Clive, E.M. (1997). The Concept of Habitual Residence. The Juridical Review, 42, p. 137.

6 Véase, Silberman, L. (2000). The 1996 Hague Convention: Should the United States Join? Family Law Quarterly, 34(2), p. 247-248; Lagarde, Paul, Informe explicativo del Convenio sobre la protección de los niños de 1996, p. 553 (en inglés) y p. 23 (en español). https://assets.hcch.net/upload/expl10f.pdf.

7 Véase, Rentsch, B. (2017). Der Gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts, Studien zum Ausländischen und internationalen Privatrecht. Mohr Siebeck, p. 56-92.

8 Véanse, Van Hoogstraten, M. H. (1969). La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye. Recueil des cours. 122 (III 1967). A.W. Sijthoff, p. 359; Jílek, D. y Michaličková, J. (2016). The Conceptual Role of Habitual Residence. Czech Yearbook of Public and Private International Law. Vol. 7, pp. 116-117.

9 Sin embargo, la primera vez que se utilizó el concepto de residencia habitual en el seno de la Conferencia de La Haya fue al referirse al certificado de indigencia en el Convenio de Procedimiento Civil de 1896. Véase, Winter (1970, pp. 423-424), así como Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Deuxième Conférence de La Haye de Droit international privé (25 juin-13 juillet 1894) (La Haya, Imprimerie Nationale, 1894), 6 del Protocole final, d. Assistance judiciaire, artículo 2.

1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores.[10] Sin embargo, se admiten declaraciones de los Estados (art. 2), mismas que apuntan al punto de conexión de la nacionalidad.

Asimismo, la noción de la residencia habitual se incluyó en Convenios posteriores de la Conferencia de La Haya. Sin embargo, su adopción en el Convenio de 5 de octubre de 1961 *sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores* no fue absoluta. Debido a que fue el resultado de un compromiso alcanzado durante las negociaciones, se tuvo que añadir además la nacionalidad como un punto de conexión importante.

En ese entonces, la noción de residencia habitual era un concepto moderno cuyo objetivo primordial era reemplazar otros puntos de conexión. Desde mediados del siglo XX, los Convenios de La Haya sobre derecho de familia abandonaron los conceptos como el domicilio o la nacionalidad, y prefirieron la residencia habitual del menor como el punto de conexión más propicio para la protección del menor. Lo anterior debido a que las autoridades de la residencia habitual pueden apreciar con mayor acierto la situación en que se encuentra el menor y ordenar las medidas de protección adecuadas.[11]

I.2. Las ventajas de la residencia habitual y su relación con otros puntos de conexión

El concepto de residencia habitual ofrecía el ansiado compromiso entre los Estados que habían adoptado el domicilio (por lo general, Estados de derecho consuetudinario aunque existen Estados latinoamericanos que tienen preferencia por el domicilio) y aquellos que habían elegido a la nacionalidad como punto de conexión (por lo general, Estados de derecho romano-germánico).[12] Y eliminaba de esta manera la rigidez que se generaba al optar uno de dichos puntos de conexión.[13]

Aunado a lo anterior, el concepto de nacionalidad había generado mucha controversia debido a las dificultades que habían surgido, de no poca trascendencia, en su aplicación a situaciones del estatuto personal. En particular, se observa que a diferencia del siglo XIX, el siglo XX fue una época marcada por una gran movilidad de personas, de desplazados por guerras, cambios de fronteras no siempre reconocidos, y apátridas. Además, este punto de conexión no daba resultados satisfactorios cuando las personas involucradas contaban con diferentes nacionalidades, ya que forzosamente surgían conflictos en lo que respecta a qué disposiciones aplicar en un caso concreto. En este contexto, existían otros fenómenos como el creciente número de personas con la doble nacionalidad, y surgía la pregunta qué nacionalidad elegir. Este

10 Id., pp. 437- 439.

11 Véase, Steiger (1957), Rapport Explicatif de la Convention du 5 Octobre 1961 Concernant la Compétence des Autorités et la Loi Applicable en Matière de Protection des Mineurs, en Documents relatifs à la huitième session (3 au 24 octobre 1956). Imprimerie nationale, p. 9, https://assets.hcch.net/docs/c3036f8d-4a73-4d6f-b97b-3bed85e1a643.pdf.

12 Uno de los grandes proponentes del punto de conexión de la nacionalidad fue Pasquale Stanislao Mancini en su obra influyente de 1851 (reimpreso): Mancini, P. S. (1994). Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Torino: G. Giappichelli Editore, pp. 56-64.

13 Véase, Steiger (1957, pp. 13-14).

fenómeno se acrecentó debido a la existencia, en ese entonces, de ordenamientos jurídicos de ciertos países que disponían que las mujeres adquirían la nacionalidad de su marido al casarse, a pesar de no tener ningún vínculo con el Estado del marido. Dicho problema no se resolvió aún si empezaron a surgir doctrinas relativas a la nacionalidad "efectiva". En vista de lo anterior, la nacionalidad creaba vínculos que no coincidían con la realidad.[14]

Asimismo, el domicilio era un concepto problemático debido a que su definición variaba dependiendo del ordenamiento legal en el que se sustentaba, como lo veremos más adelante.

Dicho lo anterior, se debe hacer hincapié en el hecho que la residencia habitual es el concepto central y la base del Convenio de La Haya de 1980. Sin embargo, como se ha explicado anteriormente, no se profundizó en dicho concepto en el informe explicativo de Elisa Pérez Vera, debido a que consideró que se encontraba enraizado en la Conferencia de La Haya, y no se consideró necesario ahondar en su estudio.[15] Pero no por eso deja de ser un tema complejo, como lo han señalado expertos en el tema.[16]

En efecto, académicos han reconocido las ventajas de la residencia habitual como "el punto de conexión de nuestros días, que responde a la vida veloz, cambiante […]" y que es el "[…] índice de la auténtica relación de enraizamiento del individuo en un medio dado, en atención a elementos objetivamente, comprobables, relacionándose de forma directa con los hechos reales".[17] Las críticas suelen versar sobre la mayor inseguridad jurídica del concepto y que es difícil predecir la postura que posiblemente adopte un tribunal en un caso específico.[18] No obstante, es evidente que dicho punto de conexión atiende al interés superior del menor y al criterio de proximidad, y que es el más adecuado para resolver la problemática objeto de estudio.[19]

14 Véase, Winter (1970, pp. 378-399).

15 Informe explicativo Elisa Pérez-Vera párrafo 66.

16 Véase párrafo 157 de Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (30 October – 9 November 2006), pp. 44, https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf.

17 Pérez Martín, L. A. (2018). Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales. En M. Guzmán Zapater, & M. Herranz Ballesteros (Eds.), Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 930 (citando a José María Espinar Vicente).

18 Carruthers, J. M. (2021). Discerning the Meaning of "Habitual Residence of the Child" in UK Courts: A Case for the Oracle of Delphi. Yearbook of Private International Law, 21, pp. 11-12, 15, 33-35.

19 En este sentido, Herranz Ballesteros, M. (2004). El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado. Valladolid: Editorial Lex Nova. pp. 99-115.

En particular, la profesora Mónica Herranz Ballesteros indica: "La tendencia de los Convenios de la Conferencia de La Haya por el empleo de la conexión de la residencia habitual sobre la conexión de la nacionalidad se basa en la idea, como ya se ha apuntado, de que los menores se encuentran mejor protegidos por las autoridades más próximas. En este orden de consideraciones, en el ámbito del secuestro de menores, las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor son las encargadas de resolver acerca de su *interés*."[20]

Asimismo, el profesor Andrés Rodríguez Benot señala que la residencia habitual "contiene un matiz de mayor igualdad en orden a la designación del ordenamiento aplicable por cuanto somete a todos los residentes habitualmente en un Estado (nacionales y extranjeros) al mismo sistema jurídico lo que implica, en definitiva, su integración – al menos formal – en la sociedad de acogida" […].[21]

Aunado a lo anterior, se ha argumentado que el criterio de la residencia habitual posee ventajas en los Estados plurilegislativos, ya que puede designar el derecho de una unidad legislativa concreta y no solo el derecho del Estado en cuestión.[22]

I.3. La residencia habitual y el Convenio de La Haya de 1980

Ahora bien, el artículo 4 del Convenio de La Haya de 1980 indica que "este convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante *inmediatamente* antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita" (enfatizamos el adverbio de tiempo por considerarlo una palabra clave). En efecto, como lo indica la profesora Rhona Schuz la fecha crucial para determinar la residencia habitual es inmediatamente antes de la sustracción (ya sea traslado o retención ilícito).[23]

Por consiguiente, es imprescindible determinar la residencia habitual, *ya que es un presupuesto de aplicabilidad indispensable, y el primero en deber ser determinado antes de resolver otros temas.* En efecto, se advierte que no se puede determinar si se está ante un derecho de custodia si no se ha resuelto que existe efectivamente una residencia habitual en un Estado contratante (véase asimismo art. 3 del Convenio), y en este sentido lo ha resuelto jurisprudencia reciente.[24]

---

20 Id., p. 99.

21 Rodríguez Benot, A. (2010). El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado. En B. Periñán Gómez (Ed.), Derecho, persona y ciudadanía: una experiencia jurídica comparada. Madrid: Marcial Pons, pp. 458-459. En el mismo sentido, Espinar Vicente, J. M. (1980). El concepto de la residencia habitual en el sistema español de derecho internacional privado. Revista de derecho privado, LXIV, pp. 26-27.

22 Guzmán Zapater, M. (2019). La persona física. En M. Guzmán Zapater (Ed.), Lecciones de derecho internacional privado. Tirant lo Blanch, p. 315.

23 Schuz, R. (2013). The Hague Child Abduction Convention: A critical analysis. Hart Publishing, p. 177.

24 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea está de acuerdo en que la determinación de la residencia habitual precede otros cuestionamiento en lo que relativo a una solicitud de restitución de menores. Véase, asimismo. párrafo 53 del asunto OL v. PQ (C-111/17 PPU) [referencia INCADAT HC/E/GR 1344] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en el cual se señala que "[…] en el marco de la apreciación de una demanda de restitución,

En este sentido, se observa que la falta de residencia habitual en el país requirente es actualmente la causal más invocada por los tribunales de los Estados contratantes al rechazar el retorno, siendo aún más numerosa que la excepción de grave riesgo en virtud del artículo 13(1)(b) del Convenio. El aumento en la invocación de dicha causal, por sí misma y no en combinación con otras, ha sido paulatino a lo largo de los años, llegando a su cúspide en 2015 con 19% de todas las denegaciones judiciales de las solicitudes de restitución. Lo anterior, demuestra la importancia de dicho concepto y que su debido análisis es hoy por hoy ineludible.[25]

Asimismo, la importancia de la residencia habitual se acentúa cuando se correlaciona dicho artículo con el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, el cual indica que el traslado o retención del menor se consideraran ilícitos cuando se realice en infracción de los derechos de custodia con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Además de las menciones a la residencia habitual en dicho Convenio en el preámbulo y en los artículos 5, 8, 13, 14, 15 y 31.

Aunado a lo anterior y de gran importancia, es que por lo general el menor será restituido al país de residencia habitual. El Convenio está redactado de manera amplia y permite la restitución a un tercer Estado, aunque estos casos serán excepcionales.[26] Es conveniente reiterar que las autoridades que resolverán el fondo de la custodia son aquéllas de la residencia habitual del menor, este es el principio aplicable conforme al Convenio de La Haya sobre Protección de Niños (artículos 5 y 7).

Cabe señalar que el Convenio presupone la existencia de una residencia habitual, sin embargo, existen casos en que el menor no cuenta con ella.

Subrayamos que es un requisito fundamental que los menores posean la residencia habitual en el Estado requirente u otro Estado contratante del Convenio que no sea el Estado requerido, a fin de activar el mecanismo de restitución del Convenio (en caso de que se reúnan todas las condiciones de aplicabilidad). Al respecto puede suceder que el menor sea sustraído de un Estado que no sea el Estado de residencia habitual del menor, por ejemplo cuando se encuentra de vacaciones en otro Estado, etc. El Convenio se aplicará

---

la determinación del lugar de la residencia habitual del menor precede a la identificación del derecho de custodia eventualmente vulnerado." En el mismo sentido, Redmond v. Redmond No. 12-2511 (7th Cir. 2013) [no es un caso INCADAT] (Estados Unidos).

25 La causal de falta de residencia habitual en el Estado requirente alcanzó en el 2015, invocada como motivo único así como en combinación con otras causales para no ordenar el retorno, el 25%. Véase Nigel Lowe and Victoria Stephens, Part I – A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction – Global report – provisional edition, pending the completion of the French version (Prel. Doc. No 11 A of February 2018), 15-16, https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf.

26 Véase, el Informe Explicativo Elisa Pérez-Vera párrafo 110. No obstante, de una reflexión conjunta en el seminario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP), que tuvo lugar en noviembre de 2021, con el actual procurador de la niñez de Querétaro, México, Manuel Hernández Rodríguez, llegamos a la conclusión que dichos casos solo podrían ser procedentes cuando el cambio de residencia del solicitante sea por una necesidad imperiosa, por ejemplo, enfermedad, estatus de refugiado, etc. Y no en los casos cuando el cambio sea voluntario, pues se desvirtúa el objetivo del CH1980 de restablecer el statu quo, y se somete al menor a un cambio igualmente dañino de entorno, desraizándolo nuevamente de su residencia habitual. Amén de la falta de competencia para resolver la custodia.

incluso en ese caso, siempre y cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado contratante antes de la sustracción.[27]

A manera de antecedente, cabe señalar que la Comisión Especial de 1989 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980, organizada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, indicó que no había existido dificultad en la aplicación del concepto de residencia habitual.[28] Por otra parte, la Tercera Comisión Especial de 1997 especificó que han existido problemas sobre la determinación de este vocablo,[29] en particular señala los *shuttle custody agreements* (convenios de custodia alternativa). Sin embargo, dicha afirmación ha dado un vuelvo, y en la actualidad se han presentado múltiples dificultades en la aplicación del concepto de residencia habitual; en efecto, desde el año 2006 los participantes de la Comisión Especial constataron que existían divergencias en la interpretación de dicho término convencional pero no se llegó a una conclusión concreta.[30] En particular, en dicha reunión numerosos participantes aclararon que una interpretación restrictiva del término de residencia habitual contravendría el espíritu del Convenio, ya que es un término fáctico.[31]

II. La residencia habitual en la doctrina y una referencia especial a las legislaciones de México y España

Algunos académicos han catalogado a la residencia habitual como un concepto únicamente o meramente fáctico.[32] Sin embargo en este trabajo demostraremos que en vista de la jurisprudencia internacional, y la doctrina más reciente, la residencia habitual es un concepto eminentemente fáctico (esto es así porque aunque es una apreciación fáctica, la determinación y evaluación de los hechos tiene un componente

27 Schuz (2013, pp. 181-182).

28 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, párrafo 8, https://assets.hcch.net/upload/abdrpt89e.pdf

29 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Report of the Third Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, párrafo 16, https://assets.hcch.net/upload/abduc97e.pdf.

30 Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (30 October – 9 November 2006), pp. 44-45, https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf.

31 Id. Véase párrafo 159 del informe referido.

32 Chéliz Inglés, M. d. C. (2019). La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 46.

jurídico). Lo anterior no es una simple discusión teórica sino que tiene importantes repercusiones en la práctica.

En este sentido, cabe señalar que es evidente que la residencia habitual es un concepto maleable y depende de los hechos del caso concreto. Sin embargo, esto no significa que sea un concepto desprovisto de lineamientos jurídicos.[33] En efecto, existen criterios jurídicos que se han adoptado por los órganos judiciales a fin de guiar a los juzgadores en la determinación de la residencia habitual como un concepto eminentemente fáctico. Sin embargo, dichos criterios no se sustentan en el cumplimiento de un estándar jurídico detallado ni de requisitos legales rigurosos de tiempo y forma, tales como una estancia de un determinado periodo de tiempo (por ejemplo, 6 meses para el domicilio en algunos países),[34] o la existencia de un acuerdo escrito o verbal entre los padres a fin de demostrar su intención de residir de manera permanente en un país determinado.[35] La estancia y la intención de los padres son solo algunos de los factores que se tomarán en cuenta, y por tanto no prevalecerán sobre otros factores.

No obstante, algunos Estados no han podido evitar la tentación de equiparar, de cierta manera, el domicilio y la residencia habitual, e imponer así requisitos legales como el *"animo et corpore"* (– mente y cuerpo –),[36] que se originan desde el derecho romano para establecer un domicilio, a la residencia habitual.[37] En términos generales, el primer requisito *"animo"* se refiere el propósito de la persona de radicarse en un lugar, y el segundo *"corpore"* consiste en la residencia de una persona en un lugar determinado. A las interrogantes

33 Véase, Reig Fabado, I. (2019). La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores. Cuadernos de Derecho Transnacional, 11(1), pp. 884-888; Kruger, T. (2017). Habitual Residence: The Factors that Courts Consider. En P. Beaumont, M. Danov, K. Trimmings & B. Yüksel (Eds.), Cross-border litigation in Europe. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017, pp. 742-744.

34 Por ejemplo, el derecho mexicano presupone que se adquirirá el domicilio cuando permanezca en un lugar por más de 6 meses de estancia, y que por tanto, reside habitualmente en un lugar. Nos parece aberrante dicha regla, ya que, los niños menores de 6 meses no tendrían residencia habitual. Véase, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2005a). Diccionario Jurídico Mexicano (D-H). Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, p. 1420.

En el caso titulado Roszkowski v. Roszkowska, 274 N.J. Super. 620, 644 A.2d 1150 (Ch. Div. 1993) [referencia INCADAT: HC/E/USs 238] (Estados Unidos) el tribunal estadounidense se basó en la regla de 6 meses en lo que respecta al "home state jurisdiction" (la competencia del estado donde se encuentra el hogar del menor) que establece la Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (UCCJA) (Ley Uniforme de Competencia y Ejecución sobre Custodia de Menores) para otorgar la restitución del menor.

35 Así lo resolvió el caso de la Suprema Corte estadounidense Monasky v. Taglieri, 140 S. Ct. 719 (2020) [referencia INCADAT: HC/E/US 1450] (Estados Unidos de América).

36 Véase la evolución del concepto de domicilio en Winter (1970, pp. 421-423).

37 En este sentido, véase, Rogerson, P. (2000). Habitual Residence: The New Domicile? The International and Comparative Law Quarterly, 49(1), pp. 99-101.

qué tipo de propósito y cuánto tiempo de residencia se responderá consultando la ley aplicable, y por tanto necesariamente su respuesta será fragmentaria.[38]

Es importante destacar que el concepto de residencia habitual es un punto de conexión más "simple" que el domicilio,[39] y se reduce al análisis de los hechos del caso en concreto.[40] Recordemos que la residencia habitual fue elegida precisamente por esa cualidad, la cual contrastaba con la naturaleza del domicilio, el cual se ha descrito por algunos como un "concepto propiamente jurídico,"[41] por ello, se consideró un punto de conexión inapropiado para cuestiones de derecho internacional privado, dado que puede presentar problemas en su calificación.[42]

En efecto, la definición de domicilio dependerá del ordenamiento jurídico correspondiente; baste decir que la definición de domicilio no es uniforme y diverge de un país a otro, en particular, el concepto de domicilio (el cual consiste en domicilio de origen, domicilio de elección y domicilio de dependencia) en Reino Unido[43] es diferente de aquel adoptado en Estados Unidos (en el cual se acoge el domicilio de elección),[44] y estos a su vez, son diferentes a las nociones prevalentes en Europa, lo que provoca una gran incertidumbre jurídica.[45] En este sentido, es posible afirmar que el concepto de domicilio en los Estados del *common law*

38 Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2005a). Diccionario Jurídico Mexicano (D-H). Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, p. 1420.

39 Aunque la simplicidad del concepto de residencia habitual tal como se interpreta actualmente se ha puesto en entredicho, quizás con acierto, en la siguiente publicación: Carruthers (2021, pp. 11-12, 15, 33-35).

40 Winter (1970, pp. 465-466); Véase Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2005b). Diccionario Jurídico Mexicano (P-Z). Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, p. 3341.

41 Íd. Tal como lo menciona Laura Trigueros Gaisman en dicha entrada del diccionario.

42 Winter (1970, pp. 419-423).

43 Collins of Mapesbury, L., & and Others. (2012). Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws / Vol. 1. (15th ed. / ed.). Sweet & Maxwell / Thomson Reuters, pp.140-175.

El autor Norman Bentwich reconoce la complejidad en la determinación del domicilio de origen y de elección y las múltiples decisiones sobre cuándo se considera que se abandona el domicilio de origen. Véase Bentwich, N. (1956). Recent Developments of the Principle of Domicile in English Law. Recueil des cours, vol. 87. A.W. Sijthoff, pp. 122-123, 126.

44 Dutta (2017, p. 556).

45 Winter (1970, pp. 419-423). Reconocemos que el concepto de "domicilio" se encuentra asimismo en evolución. Sin embargo, no es recomendable equipararlo al concepto de residencia habitual.

es altamente técnico y jurídico (e incluye ficciones) y difiere, por tanto, de la noción de domicilio en los países de derecho de tradición romano-germánico.[46]

Por otro lado, en el caso de México, y otros países Iberoamericanos,[47] se ha definido el domicilio como equivalente a la residencia habitual. Transcribimos el artículo correspondiente del Código Civil Federal mexicano:

> "Artículo 29.- El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses" (enfatizamos las palabras que nos parecen relevantes).

Con esta definición se pretendió uniformar el concepto de domicilio en el derecho mexicano con lo establecido en los tratados internacionales de los que México es parte, esto a fin de eliminar contradicciones.[48] En particular, se advierte que dicha disposición calca el artículo 2 de la *Convención Interamericana de 8 de mayo de 1979 sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado*, de la cual solo un puñado de Estados es parte (entre ellos, México, Guatemala, Perú y Uruguay).[49] Como lo indica el profesor Francisco José Contreras Vaca, en el año 1988 se reformó la legislación mexicana, a fin de adecuarla a dicho tratado regional y reflejar su contenido. Asimismo, señala que dicho artículo de la Convención Interamericana elimina el elemento volitivo *(animus)* del sujeto y considera criterios objetivos, estableciendo una prelación de hipótesis.[50]

En cuanto al tiempo de seis meses establecido en dicha legislación mexicana, se observa que esta es una adición singular, un "mexicanismo", al texto de la Convención Interamericana. Si bien se otorga certeza

46 Véase, Dutta (2017, p. 556); véase, asimismo, el magnífico tratado sobre el domicilio del profesor Manuel Adolfo Vieira en la siguiente publicación: Vieira, M. A. (1958). El domicilio en el derecho privado internacional. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, pp. 55-101 (en particular páginas 100-101).

47 No obstante, se observa que el concepto de domicilio en Argentina tiene tintes del concepto jurídico del domicilio inglés, ya que, entre otros temas, se prevé el "domicilio de origen". Véanse, Oyarzábal, M. J. A. (2010). El domicilio en el derecho internacional privado argentino. En CEDEP, & ASADIP (Eds.), Derecho internacional privado - derecho de la libertad y el respeto mutuo - : ensayos a la memoria de Tatiana B.de Maekelt. Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), pp. 460-467. Con respecto a la relación de la residencia habitual y el domicilio argentino, véase: Cruz Pereyra, L., & Uriondo de Martinoli, A. (2006). Residencia habitual del niño su centro de vida: ¿forum conveniens o non conveniens? Anuario IX de la Universidad Nacional de Córdoba, 9, pp. 278-279.

48 Véase, Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2005b). Diccionario Jurídico Mexicano (P-Z). Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, p. 3341.

49 Artículo 2 de dicha convención establece: EI domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare.

50 Contreras Vaca, F. J. (2012). Derecho Internacional Privado: Parte Especial. Oxford University Press, pp. 114-115.

jurídica al indicar un tiempo determinado para que se constituya la residencia habitual, dudamos que esto sea afín a las nociones de residencia habitual en el ámbito internacional, pues se incluyen presunciones legales vinculadas a la noción de domicilio (una presunción *iuris tantum*). Y en efecto, anteriormente dicha legislación establecía una presunción legal en la cual se presumía "el propósito de establecerse en un lugar cuando se reside por más de seis meses en él," y por tanto, se vinculaba al elemento volitivo del domicilio.[51]

Una formulación similar se adoptó en el derecho español, en el artículo 40 del Código Civil español, pero sin especificar tiempos. El profesor Lucas Andrés Pérez Martín indica "[e]n el derecho español solo existe un concepto de residencia habitual, que coincide con la del domicilio. La misma está centrada en ser el lugar de la vida efectiva de una persona, en la totalidad de su perspectiva personal, en la que desarrolla los distintos aspectos de su vida, personal, profesional, de todo tipo […]."[52]

Sin embargo, ambos conceptos no deben confundirse. Como lo indica el profesor José María Espinar Vicente "con independencia de las innegables afinidades entre el concepto español de domicilio y el que hemos asignado a la conexión residencia habitual, y sin negar que ambas vinculaciones pueden coincidir (como de hecho suele ocurrir), desde una perspectiva teórica en ningún caso suponen la expresión de una misma realidad ni suponen escalas graduales del arraigo del individuo […]"[53]

Recordemos que en la legislación española existen diferentes domicilios, por ejemplo, domicilio de los diplomáticos, domicilio de los cónyuges, etc., mismos que están cargados de una alta connotación jurídica.

En otros sistemas jurídicos, el equivalente de lo anterior es el conocido como "domicilio legal,"[54] el cual se aleja de las cuestiones fácticas para centrarse en ficciones legales, este es particularmente el caso del domicilio de dependencia (menores, discapacitados y anteriormente de la mujer casada).[55] Por consiguiente, ***una equivalencia total del domicilio y la residencia habitual es al final una mera quimera, por lo menos en algunos países, pues solo se daría solución a un tipo de domicilio: el domicilio ordinario - o también referido como domicilio voluntario -.***

51 Pereznieto Castro, L., y Silva Silva, J. A. (2006). Derecho internacional privado: Parte especial. Oxford University Press, pp. 68-69.

52 Véase. Pérez Martín (2018, pp. 941-942). Para el contexto histórico, véase de la De La Rosa Cortina, J. M. (2010). Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 130.

53 Espinar Vicente, J. M., & Pérez Martín, E. (1994). La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español. Madrid: Editorial Civitas, p. 349.

54 Por ejemplo, el artículo 30 del Código Civil Federal de México: "Artículo 30.- El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente." El artículo 31 del Código Civil Federal establece lo que se reputa como domicilio legal. En junio de 2019 se derogó en dicho ordenamiento el domicilio legal para el incapaz no emancipado el cual decía "Artículo 31.- Se reputa domicilio legal: I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto." Pero se mantiene la fracción siguiente: "II. Del menor de edad que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor."

55 Schneider, B. (1973). Le domicile international. Imprimerie H. Messeiller, pp. 207-221.

En efecto, en dichos países diferentes reglas aplicarían, por lo general, a otros domicilios, tales como el domicilio de menores o incapaces sujetos a patria potestad o a tutela, entre otros temas.[56] De este entramado jurídico, es palpable la belleza y superioridad de la noción de residencia habitual, puesto que en su ausencia, se deberían estudiar las nociones de domicilio para determinadas categorías de personas en cada ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en lo que se refiere al contexto internacional, aunque existen actualmente parámetros que tienen por objeto guiar al juzgador al determinar la residencia habitual (véase infra), es decir establecen un estándar o un listado de elementos que se deben analizar a fin de poder resolver sobre este tema, eso no desproveyó a la residencia habitual de su naturaleza fáctica, ya que se deberá resolver en vista de los hechos, y no siguiendo requisitos legales rigurosos de tiempo y forma.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que la residencia habitual no depende de un derecho determinado o una legislación para su existencia. Dicho concepto deberá ser interpretado con vistas a una interpretación internacional y no con referencia a un derecho interno.[57]

Como se ha indicado anteriormente, aún si existen lineamientos jurídicos para su determinación, mismos que se han uniformizado con el transcurso del tiempo, la residencia habitual constituye un concepto *eminentemente* fáctico y su determinación dependerá de los hechos del caso concreto y no de fórmulas jurídicas. Por tanto, para su estudio se debe deslindar del concepto de domicilio.[58]

En concreto, esto significa en tiempos de pandemia que no se puede fijar la residencia habitual del menor de manera artificial e indefinida en un país (el Estado requirente) solamente porque existan restricciones de viaje vigentes. Si bien nadie está obligado a lo imposible, cuando sean tiempos *muy* prolongados, se deberá realizar un análisis para ver si las circunstancias del menor han cambiado de manera significativa, y deberá en su caso suspenderse la ejecución. Esto es conforme al nuevo enfoque adoptado en la Unión Europea en el contexto

56 Este tema ha sido muy controvertido en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Algunos ejemplos son la postura venezolana sobre el tema, que ha sido inamovible y certera sobre el tema en el que se enfatiza la residencia habitual de los menores, véase. Parra-Aranguren, G. (1999). The Venezuelan Act on Private International Law of 1998. Yearbook of Private International Law, 1, pp. 110-111. En contraste, véase por ejemplo, el artículo 16 de la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay indica: Artículo 16. (Domicilio de las personas físicas incapaces).- "1) Los menores sujetos a patria potestad tienen su domicilio en el Estado en que se domicilian sus padres cuando éstos ejercen efectivamente su representación. Fuera de este caso, así como cuando dichos padres se encuentran domiciliados en Estados diferentes, los menores incapaces se consideran domiciliados en el lugar de su residencia habitual. 2) Los incapaces sujetos a tutela, curatela u otro mecanismo equivalente de protección, se consideran domiciliados en el lugar de su residencia habitual" (enfatizamos la parte relevante).

57 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Report on the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction p.12. Esto en contraste con lo especificado por el Código Civil Federal mexicano mencionado.

58 Véase, asimismo, Espinar Vicente (1980. p., 26).

del Reglamento Bruselas II ter.[59] No obstante, cabe señalar que este análisis es, por lo general, diferente a aquel que se realizará con respecto a cuál es el tribunal competente para resolver la custodia.

III. Interpretación del concepto de residencia habitual en la Unión Europea: hacia un concepto "eminentemente fáctico"

El concepto de residencia habitual del menor en el contexto familiar europeo fue objeto de estudio e interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el artículo 8(1) del Reglamento (CE) No. 2201/2003 del Consejo, en el caso de rubro A. (C-523/07).[60] Este caso trata principalmente de la residencia habitual en el contexto de la responsabilidad parental en general, y no incide en la aplicabilidad del artículo 10 del Reglamento relativo a la restitución de menores; sin embargo, una decisión relativa a este artículo fue emitida posteriormente y retoma varios pasajes de dicha decisión.

Si bien este máximo tribunal cuenta con precedentes judiciales sobre el concepto de "residencia habitual" en materia de expatriación de funcionarios y la seguridad social de migrantes, dicho tribunal no los consideró aplicables en el caso A. (C-523/07) debido a la gran divergencia en la materia tratada. El derecho familiar sobre todo en materia de niños es por esencia diferente. El tribunal da unas directrices para la interpretación de este concepto que serán explicadas más adelante. Esta decisión es atinada, ya que el concepto de residencia habitual no puede interpretarse de manera uniforme en materias distintas y a veces divergentes, con fines propios y particulares.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció de nueva cuenta sobre este tema en el caso *Mercredi v. Chaffe* (C-497/10 PPU),[61] tomando como punto de partida el precedente judicial A. (C-523/07).[62] Dicho tribunal supranacional intenta dar respuesta primordialmente a la interrogante cómo se determina la residencia habitual con arreglo a los artículos 8 y 10 del Reglamento Europeo Bruselas II bis;[63] y por

59 Véase, Artículo 56 del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. En particular, articulo 56(4) de dicho Reglamento indica: "4. En casos excepcionales, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor, el procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias" (recalcamos la parte que nos parece relevante).

60 A. (C-523/07) [referencia INCADAT: HC/E/ 1000] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

61 Mercredi v. Chaffe (C-497/10 PPU) [referencia INCADAT: HC/E/ 1044] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

62 A. (C-523/07) [referencia INCADAT: HC/E/ 1000] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

63 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

consiguiente, también incluye los casos dimanantes del Convenio de La Haya de 1980,[64] e intenta armonizar lo que anteriormente era un terreno pantanoso. El tribunal explica que el Reglamento no define este concepto pero que del uso del adjetivo "habitual" puede inferirse cierta estabilidad o regularidad de la residencia.

Además, se reafirma que este concepto es fáctico y dependerá del caso en particular, e indica que la residencia habitual será necesariamente *el lugar en el cual el menor tiene cierta integración en un entorno social y familiar.* Dicha determinación deberá realizarse tomando en cuenta "la totalidad de las circunstancias de hecho" particulares en cada caso de acuerdo a la edad del menor.

Acertadamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indica que "los factores que deben considerarse en el caso de un menor en edad escolar difieren de los que hay que valorar si se trata de un menor que haya terminado sus estudios, o de los pertinentes en relación con un lactante",[65] especificando que el entorno de un menor de corta edad es en esencia un entorno familiar, determinado por la persona o las personas que viven con el menor y lo cuidan.

Del análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea anteriormente referidas en los asuntos A. (C-523/07) y *Mercredi v. Chaffe* (C-497/10 PPU), se puede observar una serie de criterios que deberán tomarse en cuenta al decidir dichos casos:

- duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea y del traslado de la familia a dicho Estado;
- nacionalidad del menor;
- el lugar y las condiciones de escolarización y conocimientos lingüísticos del menor;
- las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el Estado miembro;
- la edad del menor;
- la presencia física del menor en un Estado Miembro de la Unión Europea;[66]

64 Se ha admitido por algunos Estados miembros que estas directrices aplican tanto para casos interpuestos dentro del contexto del Reglamento Europeo (EC) No 2201/2003 como en el contexto del Convenio sobre Sustracción con Estados terceros así como la Family Law Act 1986 (ley sobre derecho de familia de 1986 del Reino Unido), véase A v A and another (Children: Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre intervening) [2013] UKSC 60 [2013] 3 WLR 761 [referencia INCADAT: HC/E/UKe 1233] (Inglaterra y Gales).

65 Párrafo 53 en el asunto Mercredi v. Chaffe (C-497/10 PPU) [referencia INCADAT: HC/E/ 1044] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

66 No se especifica si la presencia es un elemento obligatorio. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado posteriormente que la presencia es un requisito mínimo. Por ejemplo, en el contexto de la interpretación del Reglamento Bruselas II bis y el Reglamento (CE) n.o 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que "Así pues, la determinación de la residencia habitual de un menor en un Estado miembro específico requiere, como mínimo, que el menor haya estado físicamente presente en ese Estado miembro." Véase párrafo 61 del asunto W and V v X (C-499/15) ECLI:EU:C:2017:118 [no es un caso INCADAT] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Asimismo, en este sentido, UD v XB (C-393/18 PPU) ECLI:EU:C:2018:835 [no es un caso INCADAT] (Tribunal de Justicia de la

- factores que indiquen que la presencia del menor no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional;
- la intención del responsable parental de establecerse en otro Estado expresada a través de circunstancias externas (por ejemplo, la compra o alquiler de una vivienda o la solicitud de una vivienda social ante las autoridades competentes, puede considerarse como indicios de ello) (recalcamos lo que nos parece muy relevante);
- la residencia debe ser de cierta duración para que denote estabilidad suficiente pero el reglamento no prevé una duración mínima. El Tribunal aclara que "la duración de una estancia solo puede servir como indicio en la evaluación de la estabilidad de la residencia, que debe realizarse a la luz de la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso."

Asimismo, *Mercredi v. Chaffe* (C-497/10 PPU) da parámetros precisos en los casos de lactantes, es decir de niños de recién nacidos o muy pequeños. A continuación añadimos los criterios más relevantes a ser tomados en cuenta en los casos específicos: como lo indica el Tribunal Europeo "cuando se trate de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro [de la Unión Europea], distinto del Estado de su residencia habitual, al que ha sido trasladado":

- la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de un Estado miembro (distinto del Estado de su residencia habitual) y del traslado [de la persona de la que depende el menor, en este caso la madre] a dicho Estado;
- En vista de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre (incluyendo sus conocimientos lingüísticos), así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el Estado miembro donde fue trasladado.[67]

Es importante subrayar que estos criterios para lactantes se suman a los criterios generales y no son limitativos. Ello fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia estadounidense en el asunto *Monasky v. Taglieri.*[68]

Unión Europea). Véase, además la publicación: Collins of Mapesbury, L., & Harris, J. (2019). Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws, Fifth cumulative supplement to the Fifteenth edition. Sweet & Maxwell / Thomson Reuters, p. 33.

67 Adviértase que en este caso solo la madre tenía responsabilidad parental al momento del traslado por eso el traslado fue lícito. Posteriormente, el tribunal inglés otorgó custodia al padre e hizo al menor custodio del tribunal (ward of court).

68 Véase, Monasky v. Taglieri, 140 S. Ct. 719 (2020) [referencia INCADAT: HC/E/US 1450] (Estados Unidos de América), en su nota al pie de página 4, al referirse a este caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Dicha sentencia del Tribunal Europeo fue posteriormente confirmada en el asunto OL v. PQ (C-111/17 PPU),[69] en el que se reafirman los principios relativos a los lactantes, y de manera importante aclara que "la intención de los padres no puede, en principio, ser decisiva por sí sola para determinar la residencia habitual de un menor, en el sentido del Reglamento n° 2201/2003, pero constituye un "indicio" que puede venir a completar un abanico de otros elementos concordantes." Asimismo, reitera que el concepto de residencia habitual es un concepto autónomo del Derecho de la Unión y debe interpretarse en el marco de las disposiciones que menciona, en el cual las reglas relativas a la competencia "están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad".

Como se puede observar, como lo indica la profesora Thalia Kruger, dichas sentencias conjugan tanto elementos objetivos, por ejemplo la escolarización y conocimientos lingüísticos del menor, como subjetivos, tales como la intención de los padres, en su determinación.[70]

Aunado a lo anterior, en un asunto intitulado C. v. M. *(C-376/14 PPU)*,[71] una petición de decisión prejudicial interpuesta por Irlanda, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reafirmado el carácter fáctico del concepto de residencia habitual contemplado en *Mercredi v. Chaffe (C-497/10 PPU).* En el supuesto de la ejecución provisional de una resolución judicial que permite el desplazamiento del niño pero que posteriormente ha sido revocada en apelación, el Tribunal europeo ha concluido lo siguiente: "[…] el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que fue trasladado el menor, al que se ha presentado una demanda de restitución de éste, debe comprobar, evaluando todas las circunstancias específicas del caso, si el menor aún tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen inmediatamente antes de la retención ilícita alegada […]".

Al evaluar la residencia habitual, el tribunal añade que se deberá tener en cuenta "el hecho de que la resolución judicial que autorizaba el traslado podía ser ejecutada provisionalmente y había sido recurrida en apelación." Por lo tanto, el tiempo que se prolongue la apelación tendrá un efecto importante en la resolución del caso; sin embargo, esto es sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en un Estado miembro previstas en el capítulo III del Reglamento Bruselas II bis.

Esta solución nos parece adecuada, ya que como la residencia habitual es un concepto eminentemente fáctico y la ejecución de una sentencia en apelación no puede ir más allá y alterar la realidad del menor; es decir, si la residencia habitual ya no es la misma, sería en detrimento del menor ordenar una restitución de manera automática o mecánica.[72]

69 OL v. PQ (C-111/17 PPU) [referencia INCADAT HC/E/GR 1344] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

70 Véase, Kruger (2017, p. 749).

71 C. v. M. (C-376/14 PPU) [referencia INCADAT: HC/E/IE 1299] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

72 En este caso, y a pesar del matiz efectuado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el que se subraya la necesidad de considerar que la ejecución era provisional, la Suprema Corte Irlandesa resolvió que la menor contaba con residencia habitual en Irlanda, y por tanto, confirma la

Además, el caso *Proceedings brought by HR C-512/17,*[73] refina el estándar establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al señalar que la residencia habitual del menor corresponde al lugar en que se encuentra, en la práctica, su "centro de vida".[74]

De manera similar, el artículo 3 del Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, hecho en Montevideo el 31 de Julio de 1981, ya indicaba "[a] los efectos de este Convenio, se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida." Lo que a todas luces fue una descripción visionaria, que se adelantó inclusive a la Unión Europea y a otros Estados contratantes.

Finalmente, basta decir que las directrices anteriormente expuestas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con excepción evidentemente de la presencia física del menor que es un requisito mínimo) son bastantes amplias y permiten, por tanto, a los tribunales ejercer su facultad discrecional para decidir el caso en base a las cuestiones fácticas o circunstancias de hecho. Dicho tribunal ha conseguido crear un verdadero concepto autónomo de la residencia habitual de los menores en la Unión Europea,[75] que puede servir como una fuente de inspiración para otros tribunales en otras regiones del mundo, a fin de alcanzar uniformidad en la interpretación de la residencia habitual a manera global con respecto al Convenio de La Haya de 1980.

Dicha evaluación de todas las circunstancias de hecho del caso concreto a fin de determinar la residencia habitual ha sido retomada por los tribunales de máxima instancia de Estados Unidos de América y Canadá.[76] En particular, la Suprema Corte de Estados Unidos de América adoptó recientemente el criterio de "la totalidad de las circunstancias" *("totality-of-the circumstances standard")* y hace referencia a las sentencias de la Unión Europea y de otros Estados Contratantes del Convenio de La Haya de 1980.

IV. Conclusión

En este artículo hemos intentado demostrar que la residencia habitual es un concepto eminentemente fáctico. Del estudio de las sentencias de los máximos tribunales de alzada se observa que existe una tendencia hacia una interpretación uniforme del concepto de residencia habitual, en el contexto de la sustracción internacional de menores, a nivel global. Asimismo, se observa que los tribunales han considerado conveniente emitir lineamientos o criterios jurídicos a fin de asistir en su interpretación. No obstante, ello

sentencia de la High Court irlandesa (G v G [SC 419/13] [no es un caso INCADAT] (Irlanda)). Véase, Collins of Mapesbury, L., & Harris, J. (2019, p. 38).

73 Proceedings brought by HR C-512/17 ECLI:EU:C:2018:513 [no es un caso INCADAT] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

74 Véase Collins of Mapesbury, L., & Harris, J. (2019, p. 30).

75 Reig Fabado (2019, pp. 884-886).

76 Véanse los casos: Monasky v. Taglieri, 140 S. Ct. 719 (2020) [referencia INCADAT: HC/E/US 1450] (Estados Unidos de América) y Office of the Children's Lawyer v. Balev, 2018 SCC 16 [referencia INCADAT: HC/E/CA 1389] (Canadá).

no añade rigidez sino que la residencia habitual se mantiene como un concepto maleable y por tanto, su interpretación dependerá de las circunstancias de hecho de cada caso concreto.

En lo que respecta a la pandemia del Covid-19, cabe señalar que dicha pandemia puede tener repercusiones en algunos casos (muy particulares) en la determinación y el cambio de la residencia habitual; por ejemplo cuando la ejecución de la sentencia no puede ser ejecutada por restricciones o limitaciones de viaje por largos periodos de tiempo, o bien cuando existan importantes demoras en la resolución de recursos ordinarios o extraordinarios. En efecto, dichas restricciones de viaje pueden provocar una retención del menor involuntaria debido a la imposibilidad del retorno por existir prohibiciones de vuelo a "zonas rojas" (con una alta incidencia de contagios) y por falta de puentes aéreos o vuelos directos entre algunos países, o bien por limitaciones en el número de ingresos de nacionales. Los razonamientos expuestos anteriormente también pueden aplicar en el caso de los refugiados ucranianos.

Naturalmente, lo anterior es sin perjuicio del principio relativo al mantenimiento de la competencia para resolver la custodia (y otras medidas de protección) por el Estado requirente, lo cual se encuentra previsto en algunos instrumentos globales y regionales. Por ejemplo, el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños (del cual México aún no es parte) y otros instrumentos aplicables (Reglamentos Europeos de Bruselas II bis y ter). En dichos casos, además del cambio de la residencia habitual del menor, deberán configurarse otros requisitos a fin de que resulte en un cambio de competencia.

V. Bibliografía

Bentwich, N. (1956). Recent Developments of the Principle of Domicile in English Law. Recueil des cours, vol. 87 (pp. 117-190). A.W. Sijthoff.

Carruthers, J. M. (2021). Discerning the Meaning of "Habitual Residence of the Child" in UK Courts: A Case for the Oracle of Delphi. Yearbook of Private International Law, 21, 1-35.

Chéliz Inglés, M. d. C. (2019). La sustracción internacional de menores y la mediación : retos y vías prácticas de solución. Valencia: Tirant lo Blanch.

Clive, E. M. (1997). The Concept of Habitual Residence. The Juridical Review, 42, 137-147.

Collins of Mapesbury, L., & and Others. (2012). Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws / Vol. 1. (15th ed. / ed.). Sweet & Maxwell / Thomson Reuters.

Collins of Mapesbury, L., & Harris, J. (2019). Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws, Fifth cumulative supplement to the Fifteenth edition. Sweet & Maxwell / Thomson Reuters.

Contreras Vaca, F. J. (2012). Derecho Internacional Privado: Parte Especial. Oxford University Press.

Cruz Pereyra, L., & Uriondo de Martinoli, A. (2006). Residencia habitual del niño su centro de vida: ¿forum conveniens o non conveniens? Anuario IX de la Universidad Nacional de Córdoba, 9, 267-284.

De La Rosa Cortina, J. M. (2010). Sustracción parental de menores : aspectos civiles, penales, procesales e internacionales. Valencia: Tirant lo Blanch.

Dutta, A. (2017). Domicile, habitual residence and establishment. En J. Basedow, Rühl Giesela, F.

Ferrari & Asensio Pedro de Miguel (Eds.), Encyclopedia of Private International Law (pp. 555-561). Edward Elgar Publishing Limited.

Espinar Vicente, J. M. (1980). El concepto de la residencia habitual en el sistema español de derecho internacional privado. Revista de derecho privado, LXIV, 3-27.

Espinar Vicente, J. M., & Pérez Martín, E. (1994). La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español. Madrid: Editorial Civitas.

Guzmán Zapater, M. (2019). La persona física. En M. Guzmán Zapater (Ed.), Lecciones de derecho internacional privado (pp. 301-325). Tirant lo Blanch.

Herranz Ballesteros, M. (2004). El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado. Valladolid: Editorial Lex Nova.

Hoogstraten, M. H. v. (1969). La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de la Haye. Recueil des cours, vol. 122 (pp. 337-425). Leiden: A.W. Sijthoff.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2005a). Diccionario Juridico Mexicano (D-H). Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. (2005b). Diccionario Jurídico Mexicano (P-Z). Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México.

Jílek, D., & Michalicková, J. (2016). The Conceptual Role of Habitual Residence. Czech Yearbook of Public & Private International Law, 7, 101-136

Kruger, T. (2017). Habitual Residence: The Factors that Courts Consider. En P. Beaumont, M. Danov, K. Trimmings & B. Yüksel (Eds.), Cross-border litigation in Europe (pp. 741-754). Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017.

Mancini, P. S. (1994). Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Torino: G. Giappichelli Editore.

Oyarzábal, M. J. A. (2010). El domicilio en el derecho internacional privado argentino. En CEDEP, & ASADIP (Eds.), Derecho internacional privado - derecho de la libertad y el respeto mutuo - : ensayos a la memoria de Tatiana B.de Maekelt (pp. 453-476). Asunción: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP).

Parra-Aranguren, G. (1999). The Venezuelan Act on Private International Law of 1998. Yearbook of Private International Law, 1, 103-117.

Pérez Martín, L. A. (2018). Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales. In M. Guzmán Zapater, & M. Herranz Ballesteros (Eds.), Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos: derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial (pp. 927-963). Valencia: Tirant lo Blanch.

Pereznieto Castro, L., y Silva Silva, J. A. (2006). Derecho international privado: Parte especial. Oxford University Press.

Reig Fabado, I. (2019). La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores. Cuadernos de Derecho Transnacional, 11(1), 877-888.

Rentsch, B. (2017). Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts. Tübingen: Mohr Siebeck.

Rodríguez Benot, A. (2010). El criterio de conexión para determinar la ley personal: un

renovado debate en derecho internacional privado. En B. Periñán Gómez (Ed.), Derecho, persona y ciudadanía: una experiencia jurídica comparada (pp. 447-472). Madrid: Marcial Pons.

Rogerson, P. (2000). Habitual residence: The New Domicile? The International and Comparative Law Quarterly, 49(1), 86-107.

Schuz, R. (2013). The Hague Child Abduction Convention: A critical analysis. Hart Publishing.

Schneider, B. (1973). Le domicile international. Imprimerie H. Messeiller.

Silberman, L. (2000). The 1996 Hague Convention on the Protection of Children: Should the United States Join? Family Law Quarterly, 34(2), 239-270.

Vieira, M. A. (1958). El domicilio en el derecho privado internacional. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.

Winter, L. I. d. (1970). Nationality or Domicile? The Present State of Affairs. Recueil des cours Vol. 128. III 1969 (pp. 347-503). A.W. Sijthoff.

Documentos oficiales

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Deuxième Conférence de La Haye de Droit international privé (25 juin-13 juillet 1894) (La Haya, Imprimerie Nationale, 1894).

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Report on the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Report of the Third Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction https://assets.hcch.net/upload/abduc97e.pdf.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, https://assets.hcch.net/upload/abdrpt89e.pdf.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (30 October – 9 November 2006), https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf.

De Steiger, M.W. Rapport Explicatif présenté par M.W. de Steiger de la Convention du 5 Octobre 1961 Concernant la Compétence des Autorités et la Loi Applicable en Matière de Protection des Mineurs.

Lagarde, Paul, Informe explicativo del Convenio sobre la protección de los niños de 1996.

Nigel Lowe and Victoria Stephens, Part I – A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction – Global report – provisional edition, pending the completion of the French version (Prel. Doc. No 11 A of February 2018), 15-16, https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf.

Perez Vera, Elisa, Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980.

Jurisprudencia

Estados contratantes

A v A and another (Children: Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre intervening) [2013] UKSC 60 [2013] 3 WLR 761 [referencia INCADAT: HC/E/UKe 1233] (Inglaterra y Gales)

G v G [SC 419/13] [no es un caso INCADAT] (Irlanda)

Monasky v. Taglieri, 140 S. Ct. 719 (2020) [referencia INCADAT: HC/E/US 1450] (Estados Unidos de América)

Office of the Children's Lawyer v. Balev, 2018 SCC 16 [referencia INCADAT: HC/E/CA 1389] (Canadá)

Redmond v. Redmond No. 12-2511 (7th Cir. 2013) [no es un caso INCADAT] (Estados Unidos)

Roszkowski v. Roszkowska, 274 N.J. Super. 620, 644 A.2d 1150 (Ch. Div. 1993) [referencia INCADAT: HC/E/USs 238] (Estados Unidos)

Unión Europea

A. (C-523/07) [referencia INCADAT: HC/E/ 1000] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

C. v. M. (C-376/14 PPU) [referencia INCADAT: HC/E/IE 1299] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Mercredi v. Chaffe (C-497/10 PPU) [referencia INCADAT: HC/E/ 1044] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

OL v. PQ (C-111/17 PPU) [referencia INCADAT HC/E/GR 1344] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Proceedings brought by HR C-512/17 ECLI:EU:C:2018:513 [no es un caso INCADAT) Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UD v XB (C-393/18 PPU) ECLI:EU:C:2018:835 [no es un caso INCADAT].

W and V v X (C-499/15) ECLI:EU:C:2017:118 [no es un caso INCADAT] (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

PERSPECTIVAS COMPARADAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA UE Y MÉXICO EN LAS CONTROVERSIAS ENTRE EL HUÉSPED-CONSUMIDOR Y LA PLATAFORMA DIGITAL DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO

Silvana Canales Gutiérrez*

Resumen: Determinar la competencia judicial internacional en una controversia derivada de un contrato de servicios de intermediación digital con elemento internacional que se celebra entre un huésped-consumidor y una plataforma digital de alojamientos turísticos no es tarea fácil. La respuesta del Derecho internacional privado tanto en la UE como en México dependen de varios factores que, varían de acuerdo con el caso concreto, y entre ellos puede mencionarse, si el huésped cumple o no los requisitos para ser considerado como consumidor, el Estado donde se encuentra su domicilio y respecto de la plataforma si esta tiene un establecimiento de comercio en el Estado de domicilio del consumidor o si dirige sus actividades a ese Estado. Tener la calidad de consumidor, crea derechos especiales en materia de competencia judicial internacional tanto para los consumidores con domicilio en la UE y en México, sin embargo la amplitud de tales derechos son un reflejo de sus sistemas de Derecho internacional privado, que protegen al consumidor en diferentes niveles, en los que se basa el análisis comparado objeto de esta breve investigación.

Palabras clave: Huésped-consumidor - Plataforma digital de alojamiento turístico - Intermediación digital - Competencia judicial internacional - Derecho internacional privado.

Abstract: In a dispute arising from a digital intermediation services contract with an international element between a guest-consumer and a digital platform of tourist accommodations is not easy to establish the international jurisdiction. The response of Private International Law in both the European Union and Mexico depends on several factors that vary according to the specific case, and among them may be mentioned, whether or not the guest meets the requirements to be considered as a consumer, and the State where his domicile is located. With respect to the platform is relevant if it has an establishment in the State of domicile of the consumer or if it targets its activities to that State. If a person meets the requirements of a "consumer", that fact creates special rights regarding international jurisdiction for consumers domiciled in both the EU and Mexico, however the breadth of such rights reflects their Private International Law systems,

* Departamento de Derecho privado, procesal y financiero, Facultad de Derecho, Universitat Rovira i Virgili. Correo: silvana.canales@urv.cat.

which protect the consumer at different levels, on which the comparative analysis of this brief research is based.

Keywords: Guest-consumer - Digital platform for tourist accommodation - Digital intermediation, - International jurisdiction - Private International Law.

I. Introducción

El consumidor transnacional de bienes y servicios en línea proveídos por una plataforma digital se enfrenta a varios escenarios de reclamación cuando trata de buscar una compensación por daños derivados del contrato celebrado con el profesional. De acuerdo con el sistema de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) aplicable del ordenamiento jurídico que desea presentar la reclamación, la respuesta de cuáles son los tribunales competentes en caso de conflicto varían, y pueden conducir a que por un lado, el consumidor desista totalmente de la reclamación debido a la imposibilidad de demandar en su propio domicilio, o que, por otro, decida demandar al profesional en alguno de los foros disponibles, que suelen protegerlo como parte débil de la relación contractual siempre que cumpla con los requisitos exigidos para tal efecto.

En la relación contractual entre plataformas digitales de alojamiento turístico como profesionales y los huéspedes como consumidores, en la que se tiene como objeto proveer un servicio de intermediación digital para el alojamiento turístico, debemos tomar en cuenta un factor decisivo para resolver la controversia; el domicilio de las partes, especialmente el del consumidor, pues la protección de parte débil (Roppo, 2011)[1] en ciertos instrumentos normativos en la Unión Europea (en adelante, UE) y en México dependen de ello para determinar la competencia judicial internacional. Respecto del domicilio de la plataforma digital este también debe tenerse en cuenta, pero se aclara que también puede ser relevante si el profesional cuenta o no con un establecimiento de comercio en el Estado de domicilio del huésped-consumidor, o si dirige sus actividades a ese Estado.

El boom de las plataformas digitales de alojamiento turístico se encuentra aunado al turismo en masa, que antes de la COVID-19, impactaba negativamente en Europa, con uno de los más altos perfiles turísticos y a países latinoamericanos como México, que de acuerdo con la Organización Mundial del Turismo (en adelante OMT), es el país latinoamericano con mayor número de llegadas de turistas internacionales[2].

En tiempos de recuperación del turismo y con la apertura progresiva de fronteras, turistas con domicilio en cada uno de estos Estados continúan suscribiendo contratos de intermediación digital con plataformas que, con sede en algunos Estados miembros de la UE y en ocasiones con algún establecimiento en Latinoamérica, prestan sus servicios sin restricciones geográficas. Ante esta situación, los huéspedes-consumidores se encuentran beneficiados por la facilidad y eficiencia de la contratación en línea pero, cuando existe una controversia, se crea un panorama judicial en materia de DIPr que no es fácil de prever para un turista medio.

1 Roppo, V. (2011). Del Contrato con el Consumidor a los Contratos Asimétricos: Perspectivas del Derecho Contractual Europeo, Revista de Derecho Privado, (20), 183.

2 Página web de la OMT (20 de marzo de 2021). https://www.unwto.org/global-and-regional-tourism-performance.

Tanto huéspedes-consumidores con domicilio en los Estados miembros de la UE como aquellos con domicilio en México, se encuentran protegidos por ciertas normas en materia de competencia judicial internacional, sin embargo el grado de protección no es el mismo ni permite en todos los casos que los "consumidores" puedan acceder a ellos a menos que se cumplan las reglas para contratos de consumo de cada ordenamiento.

II. Análisis jurídico del estado del arte para las plataformas digitales de alojamiento turístico: UE y México (Método)

A continuación, se realizará un análisis jurídico y comparado de los criterios jurisprudenciales y decisiones de autoridades administrativas en la UE y México, que se han encargado, a falta de una regulación normativa específica, de definir la relación jurídica entre el huésped-consumidor y la plataforma digital de alojamiento turístico. De manera posterior se indicarán las características del contrato de intermediación digital con elemento internacional y las dificultades actuales en endilgar responsabilidad a la plataforma en caso de controversia. Todo lo anterior con el objeto de establecer el estado del arte sobre el tema el elegido e indicar de manera comparada las dificultades en la protección a los consumidores antes de aplicar la normativa general de determinación de la competencia judicial internacional de acuerdo con los instrumentos normativos establecidos para ello en la UE y en México.

II.1 Decisiones judiciales y administrativas en la UE y México sobre plataformas digitales de alojamientos turísticos

Las plataformas digitales de alojamiento turístico como Airbnb, Booking, Tripadvisor y VRBO, conectan a dos personas (Rohn, 2020)[3], un huésped que desea alquilar un alojamiento por un breve periodo de tiempo y un anfitrión que por un precio, desea alquilar un inmueble del que dispone[4]. Los anfitriones promocionan sus alojamientos a través de anuncios en la plataforma (McNamara, 2015)[5], pero esta última se encarga de ciertas partes de la contratación como la recepción de datos personales, el establecimiento de los términos de servicio y el pago.

En la UE, la definición de las plataformas digitales de alojamiento turístico, puede encontrarse en el asunto Airbnb Ireland UC-2019 ([Cuena, 2020)6], la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante,

3 Rohn, D., Bican, P., Brem, A., Kraus, S., Y Clauss, T. (2020). Digital platform-based business models – An exploration of critical success factors. Journal of Engineering and Technology Management, (60), 2.

4 Debe indicarse que en este modelo los prestadores tradicionales del servicio de alojamiento como los hoteles se encuentran excluidos, pese a que actualmente algunas plataformas como Airbnb y Booking también se encargan de realizar intermediación para reservas en hoteles, pero ello sobrepasa el objeto de este estudio al no tratarse de alojamientos particulares destinados al turísmo.

5 Mcnamara, B. (2015). Airbnb: A Not-So-Safe Resting Place. Colorado Technology Law Journal, 13(1), 151-152.

6 As. C-390/18, de 19 de diciembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:1112, proceso penal contra X, con la intervención de YA, Airbnb Ireland UC, Hôtelière Turenne SAS y Association pour un hébergement et un tourisme professionnels (AHTOP). Relegar la actividad de Airbnb a un mero intermediario que no interviene en la relación contractual de arrendamiento entre anfitrión y huésped, carece de fundamento normativo previo, sin embargo es la interpretación del TJUE que sirve como parámetro para casos similares, aunque ello permite evidenciar que la UE carece, y por tanto, necesita una

TJUE), en la que se analiza si la plataforma Airbnb con sede en Irlanda cumple o no los requerimientos exigidos para los intermediarios en materia de arrendamientos exigidos por la Ley Hoguet, de origen francés, que exige a los agentes inmobiliarios estar en posesión de una tarjeta profesional, para ejercer su actividad, so pena de sanción.

En el asunto Airbnb Ireland UC-2019, se indica que las plataformas proporcionan un servicio de intermediación puesto que proveen una lista estructurada de alojamientos disponibles que se corresponden con los criterios de búsqueda de los futuros huéspedes y facilita la conclusión de contratos de arrendamiento de corta duración. El arrendador y arrendatario son puestos en contacto a través de la plataforma a distancia y por vía electrónica, y por tanto el servicio de intermediación no es el contrato principal, sino el arrendamiento[7]. Teniendo en cuenta lo anterior las plataformas son prestadoras de servicios de la sociedad de la información y de acuerdo con la normativa de la UE, especialmente la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico[8], no es posible imponerles obligaciones sin un procedimiento específico[9], por tanto, no están obligados a solicitar esta tarjeta profesional para ejercer su actividad, aunque de acuerdo con la definición establecida por el TJUE tampoco pueden clasificarse dentro de la categoría de agentes inmobiliarios.

En México, la Procuraduría Federal del Consumidor de México (en adelante, Profeco)[10], indicó que las plataformas electrónicas como Homeaway, Booking y Airbnb "prestan servicios de intermediación en la adquisición de alojamiento dentro de inmuebles". Esta denominación fue plasmada dentro de procedimientos administrativos del año 2018 contra de proveedores de servicio de alojamiento por infracciones a la Ley Federal de Protección al Consumidor[11], puesto que las cláusulas de competencia judicial de las plataformas obligaban a los consumidor a someterse a una jurisdicción diferente a la de los tribunales mexicanos. Esto sucedía por ejemplo en el caso de Booking con sede social en los Países Bajos que obligaba a los consumidores a someterse a la jurisdicción neerlandesa en caso de conflicto de acuerdo con sus términos y condiciones de servicio.

En este caso la Profeco se basa el Art. 90 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que indica que no son válidas las cláusulas que "obliguen al consumidor a renunciar a la protección de esta ley o lo sometan a

regulación específica sobre el particular; Cuena Casas, M. (2020). Contract through Online Intermediary Platforms. Cuadernos de Derecho Transnacional, 12(2), 309.

7 Asunto Airbnb Ireland UC FJ. 47, 51, 53 y 54.

8 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DOCE núm. 178 de 17 de julio de 2000.

9 La propuesta de Reglamento para un mercado único digital contempla la renovación de la Directiva 2000/31/CE y ampliará las obligaciones de las plataformas digitales. COM (2020) 825 final, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, de 15 de diciembre de 2020.

10 Página web del Gobierno de México, Profeco (10 de marzo de 2022). Inicia Profeco procedimientos administrativos por infracciones a la Ley en contra de proveedores de servicio de alojamiento. https://www.gob.mx/profeco/prensa/inicia-profeco-procedimientos-administrativos-por-infracciones-a-la-ley-en-contra-de-proveedores-de-servicio-de-alojamiento.

11 Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992.

la competencia de tribunales extranjeros", lo cual se aplica a los contratos de adhesión[12] celebrados en territorio nacional. Sin embargo, la Ley Federal de Protección al Consumidor no especifica en los contratos en línea definidos en su Art. 76 bis bajo que circunstancias se puede considerar que un contrato ha sido suscrito en territorio mexicano o si su ámbito de aplicación se extiende a todos los consumidores con domicilio en México que celebren contratos en línea con empresas extrajeras con algún establecimiento en ese país sin relación alguna con el contrato más que la cercanía societaria. Se trata entonces de una interpretación proteccionista que extiende y amplia los derechos de los consumidores con domicilio en México y que puede tener su inspiración en el Reglamento (UE) 1215/2012[13] (en adelante, RBIbis), en concreto en el Art. 17.2 RBIbis[14]. Tal interpretación de Profeco se encuentra respaldada por el Art. 24 numeral XVI de la Ley Federal de Protección al Consumidor[15] que le permite realizar dictámenes sobre las obligaciones de los profesionales en el contrato de consumo.

Así las cosas, dentro del curso de uno de los procedimientos administrativos se le exigió a Booking cambiar sus cláusulas, entre ellas, la de competencia judicial que debe permitir que el consumidor con residencia en México pueda demandar a la plataforma ante los tribunales de su propio país, lo anterior teniendo en cuenta que Booking.com B.V., tiene una filial: Servicios Booking.com México, S.A. de C.V., sita en ciudad de México[16].

El domicilio de la plataforma es relevante para que las autoridades nacionales puedan imponerles cambios a sus términos y condiciones. Similar situación aconteció en 2018 con Airbnb en la UE, puesto que la Comisión Europea le exigió cambiar sus cláusulas a esta plataforma con sede social en Irlanda, para que se ajustaran a la normativa de la UE de protección a los consumidores. Uno de los cambios fundamentales fue permitirle al consumidor con residencia en la UE que pudiese demandar a la plataforma en su propio Estado miembro de residencia, aunque el domicilio de la plataforma se encontrara situado en otro Estado miembro[17].

Tanto en México como en la UE, imponerles a las plataformas obligaciones específicas como el cambio de contenido y redacción en sus términos y condiciones es un asunto complejo, pero se simplifica cuando la

12 Contratos en los que las cláusulas se encuentren prestablecidas y no hayan sido negociadas de manera individual; Art. 85, Ley Federal de Protección al Consumidor.

13 Reglamento (UE) Nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil publicado en: DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

14 Art. 17.2 RBIbis: "Cuando el cocontratante del consumidor no esté domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro".

15 Art. 24- XVI: "Procurar la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores y, en su caso, emitir dictámenes en donde se cuantifiquen las obligaciones contractuales del proveedor, conforme a los procedimientos establecidos en esta ley".

16 Airbnb también tiene oficinas en México, pero aunque admite en su página web esta información, indica que la dirección exacta no está disponible al público. Página web de Airbnb México. (10 de marzo de 2022). Airbnb – Teléfono de Atención al Cliente en México. https://atencionalclientemexico.com/airbnb/.

17 Comisión Europea, Comunicado de prensa: "Normativa de protección de los consumidores de la UE: La Comisión Europea y las autoridades de protección de los consumidores de la UE instan a Airbnb a cumplirla", del 16 de julio de 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4453_es.htm.

plataforma tiene sede o algún establecimiento en el Estado de residencia del consumidor, o también, en caso de la UE, un establecimiento en el territorio de la Unión. De acuerdo con lo anterior, la protección de los consumidores desde una perspectiva doméstica por las autoridades administrativas es una vía posible, pero en la relación entre plataforma y huésped-consumidor tal razonamiento debe tratarse con precaución, puesto que este tipo de contratos trasnacionales suelen integrar un elemento internacional y ello puede traer consigo que el Estado del domicilio del huésped no coincida con el del profesional y sólo en ciertas ocasiones este último puede contar con un establecimiento de comercio en ese Estado.

II.2 El contrato de intermediación digital con elemento internacional

El contrato de intermediación que celebra la plataforma con el huésped y que se configura regularmente como una relación de consumo, crea una relación jurídica tripartita, que involucra también al anfitrión[18], creando deberes y derechos diferentes entre las partes, aunque su nacimiento provenga de la misma intermediación digital. Tal como señaló el TJUE en el asunto Airbnb Ireland UC (2019) el contrato principal y el objetivo final de la intermediación es un contrato de arrendamiento entre el anfitrión y el huésped, en el que la plataforma, no es parte, pero juega un rol en la contratación (Cannon, 2014-2015)[19].

Cada una de estas relaciones se clasifica en un contrato diferente, y esta distinción es importante, porque puede acontecer que uno de los contratos tenga un elemento internacional y otro se limite a la órbita doméstica o nacional, lo que tiene profundas connotaciones en Derecho internacional privado, y especialmente en materia de competencia judicial internacional y derechos del consumidor. Si la plataforma con la que el huésped-consumidor realiza el contrato de intermediación tiene su sede social en un Estado diferente al del domicilio del consumidor, podemos decir que nos encontramos frente a un contrato de intermediación con elemento internacional[20].

El hecho que la contratación sea realizada en línea no restringe la internacionalidad del contrato, puesto que el lugar en que física y efectivamente el profesional, en este caso la plataforma, ejecuta su actividad económica, es decir su sede social, y no el lugar desde donde se accede a los servicios, es el que se debe tener en cuenta a efectos de la competencia judicial internacional (Calvo y Carrascosa, 2018) (Feliu, 2006)[21]. Por otro lado, el contrato de arrendamiento que nace del mismo acto de la intermediación puede no tener un elemento internacional y las consecuencias jurídicas de tal circunstancia solo pueden ser consideradas en el ámbito nacional.

18 El anfitrión no es parte del contrato de intermediación digital que sólo se forma entre la plataforma y el huésped, pero hace parte como arrendador en el contrato de arrendamiento, en el que su contraparte es el huésped-arrendatario.

19 Entre la plataforma y el anfitrión también se crea un contrato que aunque no será profundizado en esta breve investigación debe mencionarse que ha sido considerado por la doctrina como un contrato de mediación o corretaje; Cannon, B., Chung, H. (2014-2015). A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies. Santa Clara High Technology Law Journal, (31), 30.

20 Lo mismo ocurre con el contrato de arrendamiento, si el anfitrión o el huésped tienen su domicilio en Estados diferentes o si el inmueble objeto del arrendamiento también se encuentra ubicado en un lugar diferente se configura el elemento internacional.

21 Calvo Caravaca, A-L., Carrascosa Gonzalez, J. (2018). Derecho internacional privado. Editorial Comares. 1127, Feliu Álvarez De Sotomayor, S. (2006). La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. Editorial Comares. 104.

II.3 Controversias entre la plataforma y el huésped-consumidor

La línea divisoria entre la responsabilidad de la plataforma y la responsabilidad del anfitrión frente al huésped respecto de controversias derivadas de la intermediación no es fácil de trazar. Por un lado, tenemos la plataforma además del contrato de intermediación digital, también se encarga de varios puntos importantes del contrato de arrendamiento aunque no sea parte del mismo, como su suscripción, la forma de pago, el establecimiento de los términos y condiciones del servicio y la comunicación entre las partes[22].

Las controversias que pueden derivarse de la relación entre la plataforma y huésped-consumidor entonces, sobre todo en materia de cancelación de reservas y cuando no existe coincidencia del inmueble real con el anunciado en la plataforma, pueden ser directamente atribuidos a la plataforma en línea, por derivarse del contrato de intermediación, traen como consecuencia que la plataforma pueda ser sujeto pasivo de la reclamación judicial. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que el arrendador también puede ser sujeto pasivo por estos motivos o si se trata de reclamaciones directas a la ejecución del contrato de arrendamiento[23], y el huésped aunque actúe como consumidor ante la plataforma y como arrendatario frente al anfitrión puede dirigirse contra cualquiera de los dos, porque a 2022 no existe ni en México ni en la UE, una normativa o una línea jurisprudencial[24] clara que, partiendo de unos razonamientos objetivos, delimite las responsabilidades de cada uno frente al huésped.

De acuerdo con lo anterior, debe tenerse en cuenta que si el huésped actúa contra la plataforma en el contexto del contrato de consumo tendrá a su favor ciertas prerrogativas en materia de competencia judicial internacional (Canales, 2020)[25] y es factible que pueda demandar a la plataforma en su propio domicilio, pero

22 Se toma como ejemplo la contratación a través de Airbnb, en el cual es el huésped-consumidor el que reserva un inmueble, procede al pago de la reserva y recibe la aceptación por parte del anfitrión de la reserva dentro de la misma plataforma. Páginas web de Airbnb ingresando desde México y desde España. (6 de marzo de 2022). https://www.airbnb.mx/ y https://www.airbnb.es/. Debe mencionarse que cada plataforma puede tener diferentes enfoques de estos puntos o sólo encargarse una porción de ellos.

23 La responsabilidad civil extracontractual no es objeto de este breve estudio, sin embargo, debe decirse mencionarse dos explosiones de gas en el año 2019, en alojamientos alquilados a través de Airbnb en Guanajuato y Playa del Carmen, en las que la causa de las explosiones se atribuye a inadecuación de los inmuebles para el alojamiento. Las explosiones dejaron como consecuencia dos muertos y tres heridos graves por quemaduras, y las victimas se han dirigido de manera directa en contra de Airbnb, que se encuentra negociando una solución. Si bien es cierto Airbnb no tiene control sobre el cumplimiento de los requisitos mínimos de habitabilidad de los inmuebles que anuncia en su plataforma, también es cierto que tampoco realiza ninguna verificación previa al respecto. Páginas web de El Financiero, Reportur y Airbnb. (7 de marzo de 2022). https://www.elfinanciero.com.mx/bajio/muere-joven-por-explosion-en-casa-rentada-por-airbnb-en-guanajuat o/, https://www.reportur.com/mexico/2019/07/10/riviera-maya-judoka-muere-al-explotar-casa-airbnb/ y http s://www.airbnb.mx /help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio.

24 Podemos citar como ejemplo en España, una Sentencia de 2020 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en la cual se condenó únicamente a Airbnb a una compensación a favor del huésped-consumidor por motivo de una cancelación de reserva poco antes de iniciar el alojamiento: SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 394/2020 de 19 octubre.

25 Canales Gutiérrez, S. (2020), Protección del huésped como consumidor a la luz de los Reglamentos Bruselas I bis y ROMA I en: Munar P.A., Martos, M.A., López, R., Bastante, V. (dirs.), Turismo, Vivienda y Economía Colaborativa 1ª ed, 634-636. Aranzadi.

si actúa como arrendador es posible que los tribunales del lugar donde se encuentra ubicado el inmueble sean competentes (Font I Mas, 2021)[26].

III. Resultados de la aplicación de los criterios jurídicos disponibles a las controversias entre la plataforma y el huésped-consumidor

Una vez expuesto el estado del arte, vista la complejidad de imponer obligaciones a las plataformas, y teniendo en cuenta que no existe una normativa especializada para establecer la competencia judicial internacional en las controversias de derivadas de los contratos de intermediación digital con elemento internacional celerados entre el huésped-consumidor y la plataforma en la UE y en México, debemos tomar un enfoque práctico y aplicar la normativa existente de determinación de la competencia judicial internacional aunque no se trate de una norma especialmente creada para este tipo de controversias. La UE establece prerrogativas especiales para la relación de consumo en el RBIbis y en México debe acudirse a la norma general de determinación de la competencia judicial al no existir una norma aplicable a todo el territorio mexicano que establezca en que ocasiones los tribunales de México pueden conocer de una controversia de esta naturaleza en materia contractual con elemento internacional.

III.1 Demandar a la plataforma en la UE y en México como consumidor

Cuando se trata de una controversia contractual en materias civiles y mercantiles con elemento internacional[27], para determinar la competencia judicial internacional en la UE debemos recurrir al Reglamento (UE) No. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[28], Este Reglamento es aplicable para los Estados miembros de la Unión y para Dinamarca[29], por tanto, en caso de controversias entre un huésped-consumidor con domicilio en la UE y la plataforma debemos en primer lugar verificar si se cumplen los requisitos exigidos por el RBIbis en sus Arts. 17 a 19.

Si el huésped cumple los requisitos del Art. 17 RBIbis, es decir se trata de una persona física actuando por fuera de su actividad profesional, y en el caso del contrato de servicios la contratación es realizada con un profesional que ejerza actividades en el Estado miembro del domicilio del consumidor o que dirija sus

26 Así ocurre con el forum rei sitae, en el Reglamento 1215/2012 que se trata de un foro exclusivo Art. 24.1, aunque debe verificarse la excepción de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles para uso particular de hasta por seis meses consecutivos. Font I Mas, M. (2021). Los contratos internacionales de alojamiento de vivienda de uso turístico en la economía "colaborativa" de plataformas digitales en: Jiménez Blanco, P., Espiniella Menéndez, A. (dirs.), Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación 1ª ed., 504-505. Tirant lo Blanch.

27 Antes de iniciar una reclamación judicial no debe descartarse el arreglo directo con la plataforma o la utilización de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, como se explicará más adelante.

28 Reglamento (UE) Nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil publicado en: DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

29 El Reino de Dinamarca suscribió un Acuerdo con la Comunidad Europea relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que hace posible que aplique el RBIbis. DOUE núm. 182 de 10 de julio de 2015.

actividades hacia ese Estado (López-Tarruela 2018)[30], el consumidor podrá, demandar al profesional en su propio Estado miembro de domicilio o en el tribunal del Estado miembro del profesional de acuerdo al Art. 18 RBIbis, aunque exista previamente una cláusula que establezca lo contrario (Feliu, 2018)[31] o que no lo contemple.

Adicionalmente, el Art. 17 RBIbis indica que si el profesional tiene un establecimiento de comercio en un Estado miembro, aunque su sede social se encuentre en un tercer Estado, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que tiene su domicilio en ese Estado miembro, por tanto, puede ser demandado por el consumidor tanto en su propio domicilio como ante los tribunales de ese Estado miembro.

Determinar la competencia judicial internacional en la UE en una controversia contractual en materias civiles y mercantiles va ligado de manera directa a si es aplicable o no el RBIbis, en caso de que no lo sea, el consumidor debe recurrir a tratados internacionales que regulen la materia y en caso de que no sean aplicables, a las normas de DIPr internas del Estado miembro donde el consumidor desea presentar la demanda, que suelen ser las de su país de domicilio. En México, donde estas consideraciones deben hacerse al no ser aplicable el RBIbis, pero con la precaución que las normas de DIPr mexicanas de fuente internacional no regulan la determinación de la competencia judicial internacional del contrato de servicios[32]. Así las cosas, es necesario recurrir al derecho interno mexicano donde nos encontraremos con dos problemas jurídicos para tener en cuenta:

El primero es que existe una protección importante cuando el consumidor tiene domicilio en México y la plataforma tiene un establecimiento de comercio en ese país, pues como se señaló en el procedimiento de Profeco contra Booking (2018), aunque la plataforma establezca en sus cláusulas que tendrán competencia únicamente los tribunales de cierto Estado, como, por ejemplo, el de su sede social en los Países Bajos, ello es considerado un cláusula abusiva en territorio mexicano y el consumidor de acuerdo con la Ley Federal de Protección al Consumidor siempre podrá demandar en su propio Estado de domicilio, es decir México. A todas luces, el elemento internacional que de manera inicial era evidente, en este caso se diluye, porque la demandada no sería la sede social sino el establecimiento secundario en México, con lo cual estas controversias se transporta al ámbito nacional.

30 El concepto de actividad dirigida a un Estado miembro debe ser tratado con cuidado, puesto que, no todos los consumidores pueden acceder a los foros de protección del Art. 18 RBIbis, por cuanto la jurisprudencia del TJUE, especialmente en el asunto Pammer (As. C-585/08 y C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740, del 7 de diciembre de 2010, Peter Pammer vs. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG y Hotel Alpenhof GesmbH vs Oliver Heller, FJ 83-84) ha resaltado que solo los consumidores pasivos, es decir, aquellos a los que el profesional ha captado en su propio domicilio, son lo que deben ser protegidos de manera especial. Para demostrar las actividades dirigidas el TJUE ha establecido una lista no exhaustiva de indicios que permiten suponer razonablemente que el profesional dirige sus actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor y, por tanto, este puede ser considerado pasivo, López-Tarruela Martínez, A. (2018). El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas. Bitácora Millennium DIPr, (7), 228-229.

31 El acuerdo de competencia que no incluye estas dos opciones del Art 18 RBIbis no tiene efectos, pero si se estipula de manera posterior a la controversia es válido de acuerdo con el Art. 19 RBIbis; Feliu Álvarez De Sotomayor, S. (2018). Collaborative Models in Digital Platforms: New Challenges for International Business and for Private International Law. Anuario Español de Derecho Internacional Privado, (18), 420.

32 Listado de tratados internacionales suscritos y ratificados por México. (12 de junio de 2021). https://www.senado.gob.mx/64/tratados_internacionales_aprobados/listado_cronologico.

El segundo problema jurídico, se presenta cuando el consumidor con domicilio en México desea demandar a la plataforma que no tiene establecimiento de comercio en ese país, lo cual es totalmente factible al existir una oferta de plataformas tan variada, cuyas sedes o establecimientos suelen estar, o bien, en los Estados miembros de la UE, o bien, en Estados Unidos (Barken, 2018)[33].

Debido a que el juez mexicano no cuenta con normas de competencia judicial internacional debe recurrir a las normas territoriales de reparto de competencia judicial, en las se establecerá si el juez mexicano es o no competente para conocer del caso concreto. En este caso el huésped-consumidor habría de recurrir a las normas internas mexicanas y ejercer forum shopping ad intra (González y Rodríguez, 2010)[34], pues existen varias opciones a tomar en cuenta, pero en todas ellas se permite la sumisión expresa o tácita con algunas consideraciones (Pereznieto, 2008)[35].

Tenemos entonces el Código de Comercio mexicano[36], que permite tanto la sumisión expresa como tácita. En caso de sumisión expresa de acuerdo con su Art. 1093, las partes deben escoger foros prestablecidos en la norma, por tanto, la autonomía de las partes al respecto tiene sus límites. Cuando no existe pacto o sumisión tácita, el Art. 1094 del Código de Comercio mexicano establece foros específicos que deben aplicarse de manera ordenada. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta de manera paralela a estos foros puede recurrirse también a los 32 Códigos de Procedimiento Civil con normativa específica sobre competencia judicial, en los que cada uno se indicará si se permite la sumisión expresa o tácita[37]. Por ejemplo, el Código Procesal Civil de la Ciudad de México establece en su Art. 149[38] la posibilidad de prorrogar al competencia, a través de sumisión expresa o tácita y en caso de que no se presenten estas circunstancias se indica la competencia judicial de acuerdo con la materia en su Art. 156.

IV. ¿Es la vía judicial la mejor forma de reclamación? (Discusión)

Las opciones judiciales expuestas desde la posición del huésped-consumidor frente a la plataforma son una de vía para obtener alguna compensación por parte de esta última, pero deben tenerse en cuenta dos puntos importantes; el primero que, el huésped-consumidor puede no conocer cuáles de estas opciones se

33 Barken, M., Seaquist, G., Bramhandkar, A. (2018). Airbnb: A Digital Platform for Sharing Or Excluding. Northeast Journal of Legal Studies, (37), 10-11.

34 González Martín, N., Rodríguez Jiménez, S. (2010). Derecho internacional privado: parte general. Nostra: Universidad Nacional Autónoma de México. 42.

35 Permitir que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad puedan elegir los tribunales competentes así como la ley aplicable en caso de controversia. Esta regulación es una muestra de la apertura de los Estados Latinoamericanos a los negocios internacionales, teniendo en cuenta la tradición territorialista históricamente predominante; Pereznieto Castro, L. (2008). International Contracting in Latin America: General Introduction. Anuario Español de Derecho Internacional Privado, (8), 618.

36 Código de Comercio mexicano, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889, disponible en: https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-de-comercio/libro-quinto/titulo-primero/capitulo-viii/#articulo-1104. Fecha de consulta: 9 de marzo de 2022.

37 González Martín, N., Rodríguez Jiménez, S., ob. cit., 42.

38 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 1o. al 21 de septiembre de 1932, disponible en http://www.aldf.gob.mx/archivo-ab814182c8da973b9fba2cabed6183b5.pdf. Fecha de consulta: 9 de marzo de 2022.

encuentran disponibles puesto que el encaje del contrato que nos ocupa frente a una ley específica en materia de competencia judicial internacional no es evidente, especialmente en México que no existe una norma para determinar la competencia judicial internacional que tenga especialmente en cuenta el contrato de consumo. Y segundo que, el monto de la pretensión puede disuadir al consumidor de presentar una reclamación judicial sin conocer que existen otras vías de reclamación menos costosas y en ocasiones gratuitas, que pueden ser eficientes siempre que las partes acuerden someterse a ellas. Veamos a continuación opciones extrajudiciales para el huésped-consumidor frente a la plataforma, con el fin de establecer el panorama global de reclamación desde una perspectiva comparada.

IV.1 Small claims y otras formas de reclamación

Las reclamaciones que el huésped-consumidor pueda presentar ante la plataforma, tienen una característica importante; tratarse de manera general de cuantías bajas que en ocasiones no sustentan en términos económicos la posibilidad de que el huésped-consumidor acuda a los tribunales, puesto que los costos del proceso pueden superar las pretensiones. De manera excepcional, puede presentarse, por ejemplo, que la cuantía se incremente en caso de cancelaciones de reservas cuya duración sea de semanas en lugar de días, y si el valor del alojamiento o de los daños ocasionados durante la ejecución del contrato de arrendamiento superan las expectativas habituales para este tipo de litigios, podría haber un equilibrio entre las pretensiones y la posible compensación. Es importante tener en cuenta que, cuando se trata del contrato de arrendamiento, puede involucrarse al anfitrión de manera directa como contraparte del huésped.

Los small claims son entonces una de las barreras más difíciles de superar en ámbito internacional para el consumidor que tiene la idea de obtener una compensación de parte de la plataforma. Es por ello, que antes de considerar la vía judicial se debe tener en cuenta que, de acuerdo con el lugar del domicilio del consumidor, este puede disponer de ciertos mecanismos de resolución alternativa de conflictos (ADRs).

Debe mencionarse que el sector privado, en el que se encuentran las plataformas digitales de alojamiento turístico se ha esforzado por crear herramientas y protocolos de compensación y negociación no vinculantes en línea que el consumidor puede utilizar de manera directa previo a introducir un tercero como un mediador o conciliador (Gelinas, 2019)[39]. En coordinación con lo anterior, algunas plataformas digitales de alojamiento turístico han creado sus propios protocolos para resolver controversias, como el caso de Airbnb, que tiene su propio centro de resoluciones[40], en el que el huésped tras seguir un procedimiento en el que demuestra el daño ocasionado por la plataforma a raíz del contrato de intermediación y bajo unas causales específicas, puede obtener una compensación por los daños.

Sin embargo, si la negociación directa con la plataforma no funciona, el huésped-consumidor puede acudir de manera voluntaria a un ADR como, por ejemplo, la Plataforma de Resolución de Litigios en Línea de la UE (PLL). Esta sólo puede ser usada por consumidores con domicilio en la UE en contra de profesionales establecidos en algún Estado miembro, aunque adicionalmente, también pueden utilizar la plataforma

39 Gelinas, F. (2019). Managing Procedural Expectations in Small Claims ODR", International Journal of Online Dispute Resolution, 6(1), 59.

40 Centro de resoluciones para Airbnb España https://www.airbnb.es/help/article/767/c% %B3mo-funciona-el-centro-de-resoluciones y centro de ayuda para Airbnb México https://www.airbnb.mx /help/?from=footer&audience=guest. Fecha de consulta: 10 de marzo de 2022.

consumidores y profesionales con domicilio en Noruega, Islandia o Liechtenstein[41]. Pese a que esta PLL ha tenido cierto éxito y es una herramienta importante para el consumidor de la UE que busca lograr una compensación a través de la mediación en línea, solamente el 1% de los small claims llegan a ser objeto de mediación (Nieva-Fenoll, 2021)[42].

Para huéspedes-consumidores con domicilio en México, las posibilidades de acceder a la PLL de acuerdo con su reglamento interno son nulas, pues se establece de manera taxativa la lista de los países en los que los consumidores y profesionales con domicilio en ellos pueden presentar su solicitud de mediación y México no se encuentra en ella. Asimismo, tampoco existe una forma de mediación internacional contemplada en su legislación interna que pueda compararse con la PLL.

Sin embargo, en caso de que la plataforma digital de alojamiento turístico tenga un establecimiento en territorio mexicano de acuerdo con los Arts. 111 a 122 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, se prevé un proceso conciliatorio especial para el consumidor y el arbitraje de consumo Herrera y González, 2015)[43]. Estos mecanismos se realizan ante la Profeco, y son procedimientos gratuitos y de corta duración (Steele, 2012)[44].

Respecto de la conciliación esta puede hacerse en línea, a través de la plataforma concilianet, administrada por la Profeco, pero aunque ha tenido resultados positivos en materia de resolución de conflictos con consumidores, tanto estos como los profesionales deben estar ubicados en México (González y Breceda, 2015)[45]. Además, la reclamación por parte del consumidor debe realizarse de manera personal en alguna de las oficinas de la mencionada Procuraduría, a menos que cuente con apoderado. Adicionalmente, para acceder al proceso conciliatorio los profesionales han de estar inscritos en un registro especial de proveedores en los que actualmente no se encuentra inscrita ninguna plataforma digital para alojamientos turísticos[46].

Respecto del arbitraje del consumo de México, debe indicarse que en el Informe Anual 2020[47] de la Profeco se explica que durante ese año sólo se presentaron once arbitrajes concluidos. En contraste, la plataforma concilianet recibió 11.820 expedientes, y se concilió el 88.7% de estos casos, y aunque no contempla aún

41 Disponible en: https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks#heading-4. Fecha de consulta: 10 de marzo de 2022.

42 Nieva-Fenoll, J. (2021). "Online dispute resolution for small claims: is this the only realistic solution?. Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, 1, 6-7.

43 Herrera De Las Heras, R., González Rodríguez, S. (2015). La protección de los consumidores y el sistema extrajudicial de resolución de conflictos; una perspectiva comparada entre México y España. Boletín Mexicano De Derecho Comparado, 48(142), 381-382.

44 Steele Garza, J.G. (2012). El procedimiento arbitral de consumo como mecanismo efectivo en la solución de conflictos entre consumidores y empresarios, en México y España [Tesis doctoral, Universidad de Murcia, España]. https://www.tesisenred.net/handle/10803/97341.

45 González, W., Breceda Pérez, J.A. (2015). México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, XV, 727.

46 A marzo de 2022 estas son algunas plataformas digitales registradas en concilianet aunque ninguna de ellas corresponde alojamientos: amazon, ebay, rappi, mercado libre, Groupon, disponible en: https://concilianet.prof eco.gob.mx/Concilianet/proveedores_que_concilian.jsp. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2022.

47 Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/659948/IN FORME_ANUAL_PRO FECO 2020.pdf, Fecha de consulta: 10 de marzo de 2022.

ninguna plataforma digital de alojamientos turísticos en su registro de proveedores, sí existe la posibilidad que por lo menos la plataforma Booking con establecimiento en territorio mexicano pueda hacer parte de esta lista.

V. Conclusiones

La perspectiva sobre competencia judicial internacional para el huésped-consumidor con domicilio en la UE y con domicilio en México, es diametralmente diferente. Por un lado, tenemos que las normas de competencia judicial en la UE, al tener la categoría de Reglamento se aplican a los Estados miembros con efectividad, y establece condiciones armonizadas y favorables para el consumidor con domicilio en la UE, siempre que encaje en la categoría de consumidor pasivo establecida por esa norma o que el profesional tenga algún establecimiento en la UE, aunque no se trate del principal (Espiniella, 2014-2015)[48].

Por otro lado, en México nos enfrentamos a un escenario diferente, en el cual no son las normas de DIPr las que permiten que el huésped-consumidor pueda demandar en su propio domicilio cuando el profesional tiene un establecimiento en territorio mexicano, sino que es una decisión administrativa que interpreta el Art. 90 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Adicionalmente, al carecer México de normas de competencia judicial internacional aplicables al contrato de servicios, son las normas de competencia territorial las que conceden la respuesta a si los tribunales mexicanos pueden o no conocer un asunto de esta naturaleza.

La autonomía de la voluntad privada en materia competencia judicial en el contrato de consumo también es un punto destacable: en la UE, los acuerdos que no contemplen que el consumidor puede demandar en su propio domicilio y en el del profesional no surtirán efectos (Art. 25.4 RBIbis)[49], en contraste, en México, se permite la sumisión expresa y tácita con algunas limitaciones a foros específicos.

En materia de resolución alternativa de conflictos, tanto los consumidores con domicilio en la UE como en México se enfrentan a la dificultad de presentar una reclamación de baja cuantía ante la plataforma, cuyas causales de compensación no están abiertas a negociación y son impuestas al consumidor. Sin embargo, aunque cuentan con mecanismos de resolución alternativa de conflictos en sus respectivos Estados de domicilio, estos son voluntarios y no obligan a la plataforma a acudir a ellos, especialmente cuando se trata de contratos con elemento internacional en los que, como en el caso mexicano, no existen herramientas de acceso a los ADRs nacionales cuando las plataformas no se encuentran el registro de Profeco. En la UE estos

48 Debe tenerse en cuenta que si el profesional dirige sus actividades al Estado miembro de domicilio del consumidor y el contrato se encuentra incluido dentro de dichas actividades, el profesional puede ser demandado en la UE aunque no tenga establecimientos de comercio en la UE y aunque tenga su sede social en un tercer Estado, para lo cual tenerse en cuenta el concepto de consumidor pasivo; Espiniella Menendez, A. (2014-2015). Consumer Contracts in the Commercial Traffic EU-Third Countries. Anuario Español de Derecho Internacional Privado, (14-15), 291.

49 Respecto de la sumisión tácita en materia de consumidores esta se permite en el RBIbis, siempre que se le haya informado al consumidor de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no (Art. 26.2 RBIbis).

mecanismos alternativos, encabezados por la Plataforma de Resolución de Litigios en Línea de la UE se encuentran disponibles para el huésped-consumidor, pero el porcentaje de uso efectivo no es trascendental.

Ello nos lleva a concluir que, si las formas de reclamación voluntaria son avaladas y están contempladas en la ley, pero su uso no es eficiente, nos enfrentamos a un problema mayor que ya han identificado las autoridades de la UE y de México, que consiste en que, si se espera que exista un cambio real en las condiciones de las plataformas digitales de alojamiento turístico, el enfoque debe partir de su regulación sobre como ejercen su actividad y no sobre una perspectiva de corrección ex post bajo responsabilidad de los consumidores.

VI. Bibliografía

Barken, M., Seaquist, G., Bramhandkar, A. (2018). Airbnb: A Digital Platform for Sharing Or Excluding. Northeast Journal of Legal Studies, (37), 10-11.

Canales Gutiérrez, S. (2020), Protección del huésped como consumidor a la luz de los Reglamentos Bruselas I bis y ROMA I en: Munar P.A., Martos, M.A., López, R., Bastante, V. (dirs.), Turismo, Vivienda y Economía Colaborativa 1ª ed, 634-636. Aranzadi.

Calvo Caravaca, A-L., Carrascosa Gonzalez, J. (2018). Derecho internacional privado. Editorial Comares.

Cannon, B., Chung, H. (2014-2015). A Framework for Designing Co-Regulation Models Well-Adapted to Technology-Facilitated Sharing Economies. Santa Clara High Technology Law Journal, (31), 30.

Cuena Casas, M. (2020). Contract through Online Intermediary Platforms. Cuadernos de Derecho Transnacional, 12(2), 309.

Espiniella Menendez, A. (2014-2015). Consumer Contracts in the Commercial Traffic EU-Third Countries. Anuario Español de Derecho Internacional Privado, (14-15), 291.

Feliu Álvarez De Sotomayor, S. (2018). Collaborative Models in Digital Platforms: New Challenges for International Business and for Private International Law. Anuario Español de Derecho Internacional Privado, (18), 420.

Feliu Álvarez De Sotomayor, S. (2006). La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. Editorial Comares.

Font I Mas, M. (2021). Los contratos internacionales de alojamiento de vivienda de uso turístico en la economía "colaborativa" de plataformas digitales en: Jiménez Blanco, P., Espiniella Menéndez, A. (dirs.), Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación 1ª ed., 504-505. Tirant lo Blanch.

Gelinas, F. (2019). Managing Procedural Expectations in Small Claims ODR", International Journal of Online Dispute Resolution, 6(1), 59.

González Martín, N., Rodríguez Jiménez, S. (2010). Derecho internacional privado: parte general. Nostra: Universidad Nacional Autónoma de México.

González, W., Breceda Pérez, J.A. (2015). México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, XV, 727.

Herrera De Las Heras, R., González Rodríguez, S. (2015). La protección de los consumidores y el sistema extrajudicial de resolución de conflictos; una perspectiva comparada entre México y España. Boletín Mexicano De Derecho Comparado, 48(142), 381-382.

López-Tarruela Martínez, A. (2018). El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas. Bitácora Millennium DIPr, (7), 228-229.

Mcnamara, B. (2015). Airbnb: A Not-So-Safe Resting Place. Colorado Technology Law Journal, 13(1), 151-152.

Nieva-Fenoll, J. (2021). "Online dispute resolution for small claims: is this the only realistic solution?. Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, 1, 6-7.

Pereznieto Castro, L. (2008). International Contracting in Latin America: General Introduction. Anuario Español de Derecho Internacional Privado, (8), 618.

Rohn, D., Bican, P., Brem, A., Kraus, S., Y Clauss, T. (2020). Digital platform-based business models – An exploration of critical success factors. Journal of Engineering and Technology Management, (60), 2.

.

Roppo, V. (2011). Del Contrato con el Consumidor a los Contratos Asimétricos: Perspectivas del Derecho Contractual Europeo, Revista de Derecho Privado, (20), 183.

Steele Garza, J.G. (2012). El procedimiento arbitral de consumo como mecanismo efectivo en la solución de conflictos entre consumidores y empresarios, en México y España [Tesis doctoral, Universidad de Murcia, España]. https://www.tesisenred.net/handle/10803/97341

JURISPRUDENCIA

NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. COMO CONSECUENCIA DE SER DECLARADA, NO PROCEDE CONDENAR A LOS ÁRBITROS A LA RESTITUCIÓN DE SUS HONORARIOS.

Hechos: En juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje el actor reclamó la nulidad de un laudo arbitral no sólo frente a quien figuró como su contraparte dentro del procedimiento arbitral, sino que también demandó a los árbitros que emitieron el laudo. La autoridad responsable declaró la nulidad y, como consecuencia, estimó que procedía condenar a los árbitros a restituir los honorarios que les habían sido cubiertos por la prestación del servicio.

Criterio jurídico: Con motivo de la declaración de nulidad del laudo por ellos pronunciado, los árbitros no están obligados a restituir los honorarios que recibieron como contraprestación por los servicios prestados.

Justificación: Tratándose de la prestación de un servicio debe distinguirse entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. En la obligación de resultado, el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, esto es, en lo debido por éste. En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del hacer se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente –diligencia que puede ser técnico- profesional o común–, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor –en lo debido por éste– el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, finalísticamente enderezada. Tratándose de un árbitro, su función se reduce a poner diligentemente sus conocimientos para la composición del litigio, a través del pronunciamiento de una sentencia o laudo, sin que pueda exigírsele que garantice que sus determinaciones no podrán ser revocadas o nulificadas, porque el derecho no es ciencia exacta y la apreciación de hechos, circunstancias y normas está siempre sujeta a criterios que pueden ser más o menos variables, esto es, su obligación es de medios y, por ello, se hace acreedor a la contraprestación correspondiente una vez prestado el servicio, sin que pueda obligársele a restituir el importe respectivo por el hecho de haberse declarado la nulidad del laudo1.

***

Existe un vivo debate sobre la naturaleza del arbitraje: si es un mecanismo contractual o si es un mecanismo jurisdiccional. En el primer caso, el tribunal arbitral es sólo un prestador de servicios;

1 OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 960/2019. Rodrigo Zamora Etcharren. 3 de septiembre de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Miriam Marcela Punzo Bravo. Amparo directo 961/2019. Héctor Gerónimo Calatayud Izquierdo. 3 de septiembre de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Miriam Marcela Punzo Bravo. Amparo directo 963/2019. Centro de Arbitraje de México, S.A. de C.V. 3 de septiembre de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Miriam Marcela Punzo Bravo. Esta tesis se publicó el viernes 02 de julio de 2021 a las 10:09 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

en el segundo caso, es una "autoridad", que probablemente ejerce su jurisdicción como una delegación de la justicia estatal. Para aquéllos que consideran que existe un orden arbitral internacional, también defienden el punto de vista de que los árbitros son una jurisdicción que aplica y defiende las normas y valores de ese orden jurídico.

Ahora bien, esa importante tesis viene a reforzar nuestra visión del arbitraje. ¡Los árbitros no son jueces! Desde hace ya mucho tiempo, hemos afirmado que el arbitraje es de carácter contractual y no jurisdiccional2, como ya lo había dicho la Suprema Corte antes:

El juicio arbitral, es aquél que se tramita ante personas o instituciones que no son Jueces del Estado, o que siéndolo no actúan como tales, sino como particulares, por lo que, llegado el momento de la ejecución del laudo, debe intervenir la autoridad jurisdiccional, lo que se conoce como reconocimiento u homologación que otorgan las autoridades al laudo arbitral, para proveerlo de fuerza jurídica suficiente para su completa obligatoriedad3.

En esa lógica - que aplaudimos -, hay también incoherencias. Dado a su naturaleza contractual, es el poder judicial que tiene que verificar la eventual nulidad del acuerdo arbitral – negando así la kompetenz-kompetenz al tribunal arbitral4. Con la misma lógica, se considera que el laudo tiene que ser "homologado" por el juez, cuando en realidad se trata de reconocerlo5.

Mucho se pudiera agregar a lo anterior, pero sería como olvidarse del segundo punto de la citada tesis: el árbitro tiene una obligación de medio y no de resultado. Consecuentemente, no tiene la misión de rendir un fallo imposible de anular; sino de hacer todo lo posible para evitar tal situación. El problema será probatorio: para que el árbitro incurra en responsabilidad, la nulidad tendrá que ser tan obvia que no quepa duda de que cualquier árbitro diligente hubiera podido evitarla.

La tesis que sigue también confirma que el árbitro no es un juez sino un prestador de servicio.

ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. AUN CUANDO LA LEY NACIONAL NO ES OBJETO DE PRUEBA, SI CUALQUIERA DE LAS PARTES INVOCA UNA EXTRANJERA, TIENE LA CARGA DE DEMOSTRAR SU EXISTENCIA, ASÍ COMO SU APLICABILIDAD AL CASO, SIN QUE DICHO DEBER RECAIGA EN EL ÁRBITRO.

Hechos: La autoridad responsable declaró improcedente la acción de nulidad de laudo arbitral, ya que consideró correcta la determinación de la árbitra en el procedimiento de arbitraje, en el sentido de que no tenía facultad para solicitar a las autoridades extranjeras la existencia de la Constitución Política del Estado de California en los Estados Unidos de América, por lo que la inadmisión de dicha prueba fue por causas imputables a su oferente.

2 Graham J. (2018). Lecciones de arbitraje internacional. Zamanga Editores, #44sq.

3 Amparo en revisión 237/2004. Emilio Francisco Cásares Loret de Mola y otros. 28 de abril de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

4 Pereznieto L. & Graham J. (2006). Mexican Supreme Court Rejects the Principle of Kompetenz-Kompetenz. Arbitration, 72 388–390.

5 Para la distinción de las dos nociones, cf Lecciones, op.cit., #515 sq.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que aun cuando en la acción de nulidad de laudo arbitral la ley nacional no es objeto de prueba, si cualquiera de las partes invoca una extranjera, tiene la carga de demostrar su existencia, así como su aplicabilidad al caso, sin que dicho deber recaiga en el árbitro.

Justificación: Lo anterior, porque el artículo 1197 del Código de Comercio contempla que sólo los hechos están sujetos a prueba y el derecho únicamente lo estará cuando se funde en leyes extranjeras, por lo que, quien las invoca debe probar su existencia y que son aplicables al caso. En ese contexto, al existir en la legislación mexicana artículo expreso que establece que el derecho únicamente estará sujeto a prueba cuando se funde en leyes extranjeras, ello no implica la violación a algún derecho fundamental como el de acceso a la justicia, ya que si el procedimiento arbitral se llevó a cabo en la Ciudad de México y se invocó una norma extranjera, resulta claro que son aplicables las leyes de este país, las cuales no son objeto de prueba; sin embargo, al invocar cualquiera de las partes una extranjera, ésta sí se encuentra sujeta a prueba. Lo cual conlleva la carga de probar su existencia, así como su aplicabilidad en el caso, sin que dicho deber recaiga en el árbitro, pues el citado artículo señala que quien invoca es quien tiene a su cargo dicho deber6.

***

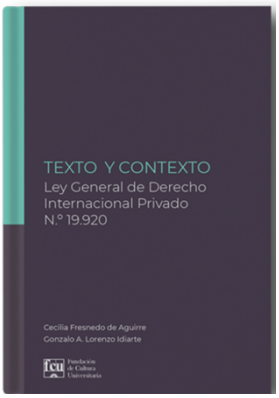
Hemos demostrado que en materia mercantil, el hecho de que la parte tiene que comprobar el Derecho extranjero es inconstitucional7. Sin embargo, en el arbitraje la situación es distinta visto que el árbitro no es un juez, y por lo tanto la carga de la prueba recae en las partes. En efecto, el tribunal arbitral no tiene acceso a los mecanismos internacionales tal como el poder judicial. Citamos, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Prueba Información acerca del Derecho Extranjero y la Convención Europea sobre Información relativa al Derecho Extranjero, las cuales están a disposición del Juez para conocer la Ley extranjera, mas que el árbitro no siendo una autoridad, como lo vimos, no puede utilizar dichos instrumentos internacionales de cooperación interestatal.

JG

6 TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 262/2020. Pablo Javier Paoli Laffan y otros. 27 de enero de 2021. Unanimidad de votos. Ponente: Paula María García Villegas Sánchez Cordero. Secretario: Álvaro Daniel Gutiérrez Álvarez. Esta tesis se publicó el viernes 21 de enero de 2022 a las 10:22 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

7 Esta Revista (2021)45, 130.

RESEÑAS



TEXTO Y CONTEXTO. LEY GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO N.° 19.920

Cecilia Fresnedo de Aguirre,
Gonzalo A. Lorenzo Idiarte

Uruguay, FCU, 2021, 280 pp.

Es un placer, leer y todavía sorprenderse, con soluciones normativas, de indudable valor, contenidas en la nueva Ley uruguaya de Derecho Internacional Privado (DIPr) publicada el 16 de diciembre de 2020. La obra que se reseña es el comentario que elaboraron dos juristas distinguidos de la Universidad de la República del Uruguay, la Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre, una de las más destacadas iusprivatistas uruguayas y un destacado profesor Gonzalo Lorenzo Idiarte, ambos profesores de la Universidad de la República del Uruguay y que forman parte de un grupo de juristas que ha podido coronar un trabajo iniciado hace 26 años y realizado a través de diferentes comisiones de juristas, finalmente haya visto la luz en la nueva Ley de Derecho Internacional Privado, quizá la mejor ley del continente en su género.

Siempre resulta ilustrativo leer obras de comentarios legislativos; sin embargo, en la obra que se comenta, encontramos todo un curso completo, moderno y muy claro, de DIPr. Quien desee actualizarse en derecho uruguayo que, al cabo de los años se ha consolidado como el mejor y más moderno derecho privado en Latinoamérica, esta obra es una buena introducción .

Después de un capítulo de antecedentes de la Ley, en el que volvemos a encontrar, la misma problemática para sacar proyectos del DIPr, que no deja de ser todavía para muchos, una disciplina etérea, pero afortunadamente cada día cuenta con más adherentes, que están conscientes de que el mundo se abre cada día más y a una velocidad no vista antes. En buena medida, es el efecto de nuevas propuestas en el candelero.

Después del reconocimiento en la Convención Internacional sobre Contratos de Compraventa de Mercaderías del pleno reconocimiento de la autonomía de la voluntad, se abrió toda una ruta en las legislaciones latinoamericanas que la obra ilustra.

Viene enseguida otro capítulo en el que los autores se refieren a los principios conforme a los cuales fue elaborada la Ley, todo un decálogo, que más que explicación, se convierte en una buena reflexión del DIPr. y como si fuera poco, la idea de ámbito de aplicación de la ley, es un buen recordatorio que todas nuestras discusiones, finalmente aterrizan en una normatividad y cuando así

sucede, se nota la satisfacción de los autores de haber analizado tan prudente y puntualmente la Ley. En lo personal, acabo de realizar un estudio con las nueve legislaciones en Latinoamérica que se han abierto al DIPr. y una de mis conclusiones fue que la le Ley uruguaya de DIPr. es hoy en día la mejor y más moderna legislación en la materia, de la que hay mucho que aprender en los 61 artículos dispositivos que reproducen los autores con sus comentarios.

Daré como ejemplos del avance de la Ley, tres artículos, dos de la parte introductoria y el tercero de la parte especial.

Veamos como trata esa Ley al Orden Público, especialmente en lo que se refiere a la interpretación que le deba dar el juez a fin de rechazar la aplicación de la ley designada aplicable:

"Art. 5 (Orden Público Internacional). Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicable los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica"

Dos innovaciones encuentran los autores en este texto. Una, el agregado de unas palabras que por su exclusividad, se obliga al juez a considerarlas con mucho cuidado, cuando la ley extranjera pueda afectar "de forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales del orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica"

"No alcanza con que la ley extranjera viole en "abstracto" nuestros principios – nos dicen los autores- sino que la violación debe provenir de los efectos concretos que para determinado caso – el que el juez tiene para su resolución – se producen." "Por cierto que "la gravedad" será medida por el juez en el caso concreto, pero no alcanza con una mera inadaptación menor de la ley extranjera al orden jurídico del juez, Debe, finalmente, ser manifiesta, evidente no forzada; obvia, quizá para cualquier operador jurídico".

La segunda novedad, según los autores, "Es que los tribunales uruguayos están facultados, aunque no obligados, a aplicar las disposiciones imperativas del derecho del otro Estado".

Otro artículo, el "Art. 6° (Normas de aplicación inmediata). Las relaciones jurídicas privadas internacionales que son reguladas o están abarcadas por normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas, no serán sometidas a normas de conflicto"

"Típicos ejemplos – nos dicen los autores – pueden ser…..algunas normas de derecho laboral, de protección de consumidores, de defensa y promoción de la competencia, etc."

Se trata de un precepto que contiene diversos aspectos, en los que los autores no entran, pero sobre los cuales no puedo esconder mi opinión. Buscando siempre el beneficio a la persona, es bueno que estemos tutorados por principios internacionales, generalmente aceptados, pero se puede encontrar, en un determinado orden jurídico nacional,

vinculado, que las prestaciones laborales o las condiciones de consumo, sean superiores a lo que regula su ley de donde partimos; en cuyo caso, se procuraría aplicar esa ley más favorables, por encima de las prestaciones sociales establecidas, no obstante, no habría consulta de la norma de conflicto, para saberlo. pero como se trata de un caso en un millón, su importancia es relativa.

Pasamos ahora a nuestro último ejemplo, el Art. 44. Esta es una disposición que desde la primera vez que la vi, me pareció muy clara, completa y moderna, abriendo los espacios necesarios para otro tipo de negocios y su regulación.

"Art. 44. (Internacionalidad del contrato). Se entiende que un contrato es internacional si las partes tienen su residencia habitual o el contrato tiene vínculos objetivos relevantes con más que un Estado. El contrato no puede ser internacionalizado por mera voluntad de las partes, En su aplicación a los contratos internacionales, esta ley será interpretada de la manera más amplia posible"

Los autores concluyen que se trata de una Ley que ha seguido en estos temas a la Convención de México. Respecto del segundo párrafo, no lo consideran necesario, pero en lo personal, encontrarme con normas tan bien redactadas me lleva de inmediato a su análisis. Tal como se encuentra ese dispositivo, sigue la lógica de Ernst Rabel: debido al dispositivo internacional (aplicación internacional) en la interpretación el juez, debido a este factor, cambiará su forma de interpretación, para hacerla lo más amplia posible, dando espacio para nuevas formas de aproximarse en los negocios, como la Lex Mercatoria

Esperando que la obra se distribuya proto en toda Latinoamérica, para ilustrarnos cómo se puede formular un buen Proyecto de Ley de DIPr.

Leonel Pereznieto Castro

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, LEYES, TRATADOS Y JURISPRUDENCIA

Eduardo Picand Albónico

Chile, Thomson Reuter, 2022, 721 pp.

EL Profesor Eduardo Picand Albónico, imparte clases en la Universidad Nacional de Chile y ahora nos ofrece una obra de características muy bien desarrolladas lo que hace un texto largo, pero lleno de conocimiento, nuevos conceptos y una referencia muy importante al orden jurídico chileno en su totalidad, como se menciona desde el título de su obra. El autor es fundador de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, en donde su obra tendrá ciertamente un impacto muy benéfico para seguir analizando esa legislación en la cual, tal parece que existe un pacto de no abrirla al mundo jurídico internacional y continuar cerrada como fue el sueño de Andrés Bello, venezolano, uno de los padres de la Lengua española en América, quien, además quien elaboró fue uno de los coautores de la nueva gramática castellana a partir del siglo XIX y este prohombre fue quien elaboró el Código Civil chileno que chileno de 1855, el primero de los códigos civiles de la región y código modelo en su época. fue el modelo en la región, ya hemos hecho alusión a este hecho.

Como todo buen análisis que se hace de los diferentes casos que constituyen este inicio de la obra, desde una perspectiva moderna de la enseñanza en el Derecho Internacional Privado, la propuesta a más de moderna nos pone frente a una metodología que tuvimos más de uno, en el recuerdo y que ahora el Dr. Picant Albónico nos la muestra con toda realidad y los casos quedaron muy bien para un buen comienzo en el análisis, de la materia. Se les presenta un reto a los alumnos, lo que es benéfico para la enseñanza. Para nosotros que somos países de derecho codificado, poco le prestamos atención a esta parte de la enseñanza del derecho en donde hay que visualizar los casos prácticos y según el tema, completar la temática que se presenta. Conocemos a este respecto con el derecho anglosajón; es decir, iniciar, según los pasos naturales del proceso en que se estudia primero lo que han dicho los tribunales, que en el libro que se reseña, tiene como título: Competencia Judicial Internacional, luego, el derecho aplicable. El autor refiere algunas consideraciones sobre el territorialismo chileno, el derecho extranjero y su tratamiento, la forma cómo se reconocen a los actos y de ahí pasa a los contratos internacionales, al estatuto personal, matrimonio, acuerdos de unión civil, alimentos y sucesiones, un recorrido un poco desorganizado y amplio por una legislación que lucha por modernizarse.

Una sección siguiente de la obra (Sección Décima) la dedica el autor a las obligaciones extra contractuales y va seguida de una sección sobre bienes y el autor, por un momento, vuelve, al derecho de familia y analiza los temas de adopción internacional y potestad, para moverse ahora, al Derecho Internacional Privado Económico y abordar el tema de la Propiedad Industrial e intelectual y el Derecho Laboral Internacional. Después de este recorrido, llega el autor al

Derecho Comercial Internacional, para analizar enseguida al Derecho marítimo y aéreo internacionales y dedicar sólo una mención a la Lex Mercatoria que resulta una pena porque es un concepto ampliamente difundido en el mundo. De aquí nos lleva el autor al reconocimiento internacional de actos y decisiones para abordar enseguida a la "Cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil" En esta sección del libro, el Profesor Picand aborda tres temas, al cual más de interesantes y al fin, complementarios: exhortos internacionales; sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes e Insolvencia transfronteriza. Volvemos enseguida a otro tema jurisdiccional, el arbitraje comercial internacional. para saltar rápidamente al Derecho Registral Internacional al que le dedica un poco más de espacio que a los temas anteriores y corta con los temas académicos para pasar por un momento a la función administrativa, que se presta por el Estado en los consulados chilenos y someter a análisis las funciones que prestan los consulados a la luz del Derecho Internacional Privado. Capítulo VIII lo dedica el autor al proceso civil internacional y en una segunda parte de la obra, más de una tercera parte del texto escrito, el autor la dedica a los tratados internacionales ratificados por Chile que resultan en una gran cantidad de temas que se contienen en tratados chilenos en relación con el orden jurídico interno, ahí, se explaya el autor relacionando legislación, tratados o resoluciones chilenas, con aspectos específicos del orden jurídico chileno y a partir de aquí, el orden de la obra vuelve a recobrarse y tenemos frente a nosotros un interesante ejercicio que es ese minucioso trabajo de tejer, en la interpretación, las propuestas de las partes, el sentido de sus pretensiones. En medio del trabajo antes descrito, el autor decidió incorporar, aunque solo fuera en un capítulo específico, el Capítulo IV, de la segunda parte de la obra, el tema de la Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y mercantil, quizá, demasiado breve, son en realidad referencias a aspectos específicos del concepto.

Sin embargo, lo sigue en la obra, es un estupendo análisis de tratados. En síntesis, estamos ante una obra con una riqueza amazónica que significa una rica información para todo internacional privatista a fin de poder mirar cómo se ha desarrollado internamente un sistema jurídico nacional, cerrado ante la globalización.

Cuando uno termina la obra, se pregunta, si no fuera mejor para los sistemas jurídicos de los demás países del área, haber seguido el ejemplo de Chile, de haber quedado cerrados, pero internamente como lo ha hecho Chile, es donde se transluce la modernidad en áreas de comercio internacional, en el cuál Chile es un gran contendiente en la región. ¿Qué hizo Chile para no abrir? Sería el tema de un proyecto de tesis a desarrollar.

Paso al análisis académico e inicio por la parte formal. En mi opinión faltó un orden en la exposición y el desarrollo de la obra y si las misma se pretende que sea un libro de texto, va a servir; sin embargo, se corre el riesgo que pueda confundir, en algunos temas, el aprendizaje de los alumnos, quedando como una buena obra de consulta en la que las posibles contradicciones puedan ser limadas.

Paso al formato editorial, es algo que siempre me tira hacia los libros, con más de cuarenta y cinco años de editor y esta obra, vale la pena difundirla internacionalmente y ajustarla en una segunda edición. Como todo el mundo sabe, el estudio o enseñanza de un tema debe lo más claro, diáfano posible y sobre todo que guarde un orden de exposición que mantenga la atención del lector o del escucha, en el tema de que se trate y no revolver temas sustantivos con temas procesales y otras confusiones por el estilo.

Le deseo a la obra que se reseña, que en ediciones posteriores vaya consolidando y ordenando su contenido para poderse proyectar como una obra de consulta obligada en derecho chileno y la obra en el derecho internacional chileno y que espero tenga buenas ventas en el mercado chileno donde hace tiempo no se ve una obra con la modernidad y el espíritu de envolver al Derecho Internacional privado para mostrarlo al público lector.

Leonel Pereznieto Castro

SOMETER UN ARTÍCULO

El autor tiene que someter su título y el resumen (provisional) de su artículo en los siguientes plazos:

Antes del 1r de noviembre de cada año para la publicación de abril del siguiente año

15 de febrero del siguiente año se entregará el artículo completo

Antes del 1r de julio de cada año para la publicación de octubre del mismo año

15 de septiembre del año se entregará el artículo completo

Si la propuesta está aceptada, se le mandará las normas de publicación, y un ejemplo.

La aceptación de la propuesta no implica que el artículo final será aceptado. Una vez el plazo de entrega vencido, el artículo será sumidito a una revisión a ciegas, y sus resultados serán comunicados al autor. Si se acepta la publicación del artículo, el autor recibirá una carta de cesión de derechos para firmar.

NORMAS DE ESTILO

La extensión de las contribuciones será de un máximo de 25 hojas con un tipo de letra Times New Roman 12 para el texto, y 10 para las notas al pie. Interlineado 1.15.

Los contenidos se desarrollarán bajo el esquema de APA 7.

AMEDIP
ACADEMIA MEXICANA DE
DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO Y COMPARADO, A.C.