

La cooperación cautelar internacional en el Mercosur

(International preventive co-operation in Mercosur)

Fresnedo de Aguirre, Cecilia¹
Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Larrañaga”
Facultad de Derecho
Parada 6 y 1/2
La Fôret y el Pinar
20000 Maldonado (Uruguay)

BIBLID [1138-8552 (1999), 14; 55-72]

Quando una medida cautelar es decretada en un Estado y debe cumplirse en otro, se plantean diversos problemas de derecho internacional privado, en especial: 1) La identificación de la fuente normativa aplicable, para lo cual resulta imprescindible analizar el cuadro de fuentes normativas que coexisten en la región y determinar sus respectivos ámbitos de aplicación. 2) La determinación de la competencia legislativa y judicial. ¿Cuál es la ley aplicable en cuanto a la procedencia o admisibilidad de la medida cautelar y quién es el juez internacionalmente competente para dictarla? ¿Cuál es la ley aplicable a la ejecución de la medida cautelar, así como a la contracautela o garantía, y quién es el juez competente al respecto? El juez exhortado, ¿debe controlar la competencia en la esfera internacional del exhortante?, ¿conforme a qué ley? ¿Cómo y en qué casos opera el principio de la jurisdicción más próxima? ¿Cuáles son las características específicas que plantean las medidas cautelares que recaen sobre buques? La ponencia pretende analizar y dar respuestas a estas interrogantes.

Palabras Clave: Cooperación cautelar internacional. Fuente normativa aplicable. Ley aplicable y jurisdicción competente.

Estatu batean kautelazko neurri bat erabakirik eta beste batean betearazi behar denean, nazioarteko zuzenbide pribatuaren eremuko zenbait arazo planteatu ohi dira, honako hauek bereziki: 1) Aplikatu beharreko arau-iturriaren identifikazioa, hartarako ezinbestekoa delarik eskualdean batera existitzen diren arau-iturriak aztertzea eta dagozkien ezarpen-eremuak zehaztea. 2) Lege eta epaile-eskuduntzak zehaztea. Kautelazko neurriaren bidezketasun edo onargarritasunari dagokionez, zein da ezar daitekeen legea? Eta nazioartekoan zein da neurri hori emateko ahalmena duen epailea? Zein da kautelazko neurria betearazteko ezar daitekeen legea eta kontrakautela edo bermea eta zein da horretan eskumena duen epailea? Erreguturiko epaileak kontrolatu behar ote du eskuduntza erregu egilearen nazioarteko eremuan? Zein legeren arabera? Nola eta zein kasutan diharduen jurisdikzio hurbilenaren printzipioa? Zein dira itsasontzien gaineko kautelazko neurriek planteatzen dituzten ezaugarri bereziak? Galdera horiek aztertu eta haien erantzunak ematea da xosten honen helburua.

Giltz-Hitzak: Nazioarteko kautelazko lankidetzak. Ezar daitekeen arau-iturria. Ezar daitekeen legea eta eskumeneko jurisdikzioa.

Lorsqu'une mesure de prudence est décrétée dans un Etat et doit être appliquée dans un autre, certains problèmes de droit international privé se posent, particulièrement: 1) L'identification de la source normative applicable. C'est pourquoi il est indispensable d'analyser le milieu des sources normatives qui coexistent dans la région et de déterminer leurs domaines d'application respectifs. 2) La détermination de la compétence législative et judiciaire. Quelle est la loi que l'on peut appliquer quant à la conformité ou admissibilité de la mesure de prudence et quel est le juge internationalement compétent pour la dicter? Quel est la loi applicable à l'exécution de la mesure de prudence, ainsi que la contre-mesure ou garantie, et quel en est le juge compétent? Le juge doit-il contrôler la compétence dans le domaine international du plaignant? Conformément à quelle loi? Comment et dans quels cas applique-t-on la juridiction la plus proche? Quelles sont les caractéristiques spécifiques que présentent les mesures de prudence qui affectent les navires? Le rapport tente d'analyser et de donner des réponses à ces interrogations.

Mots Clés: Coopération de prudence internationale. Source réglementaire applicable. Loi applicable et juridiction compétente.

1. Profesora Agregada (Grado 4) de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (UCUDAL) y Profesora Adjunta (Grado 3) de la misma materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

1. COOPERACIÓN CAUTELAR A TRAVÉS DE FRONTERAS NACIONALES

Se pretende estudiar aquí algunos problemas derivados de la cooperación jurisdiccional internacional en materia cautelar, partiendo de la hipótesis de que la medida cautelar –destinada a asegurar el resultado de un proceso principal presente o futuro– es decretada en un Estado y debe cumplirse en otro.

Esta situación plantea cuestiones que son propias del derecho internacional privado, como la identificación de la fuente normativa aplicable, y la determinación de la competencia legislativa y judicial.

Con relación al tema de las fuentes, el primer paso es determinar si los Estados involucrados –el que requiere el cumplimiento de la medida y el que recibe dicha solicitud– están vinculados por una norma de fuente internacional sobre la materia o no.

Si ambos han ratificado un tratado o convención sobre la materia, deberán estar a lo que en ellos se establezca; de lo contrario, deberá recurrirse a las normas de derecho procesal internacional de fuente interna. Esta solución ha sido plasmada en el art. 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en CIDIP II, Montevideo, 1979 y ratificada por los cuatro Estados Parte del Mercosur, y luego recogida en el art. 524 CGP.

La realidad actual en la región, como se desprende del análisis de las fuentes normativas realizado en el numeral 2, indica que coexisten los distintos órdenes jurídicos de cada Estado Parte del Tratado de Asunción (y Estados Asociados). Estos a su vez contienen normas de fuente interna e internacional.

En consecuencia, cuando la cooperación cautelar transpone fronteras estatales, es necesario solucionar diversos problemas de competencia legislativa y judicial.

2. AUTONOMÍA DE LA COOPERACIÓN CAUTELAR

La cooperación cautelar ha sido regulada en forma autónoma con relación a otras formas de cooperación jurisdiccional internacional en las distintas fuentes normativas sobre la materia. Esto es así particularmente en el ámbito de las Convenciones Interamericanas y de los Protocolos del Mercosur.

En CIDIP encontramos claramente diferenciados los diferentes estadios o grados de la cooperación jurisdiccional internacional –según el grado de coacción y de permanencia que impliquen– y regulados en convenciones independientes: la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, la C.I. sobre recepción de pruebas en el extranjero (ambas de CIDIP I, Panamá, 1975), el Protocolo adicional a la C.I. sobre recepción de pruebas en el extranjero (CIDIP III, La Paz, 1984), la C.I. sobre cumplimiento de Medidas Cautelares, la C.I. sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales (ambas de CIDIP II, Montevideo, 1979).

En el ámbito del Mercosur, el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa² regula todos los grados de cooperación excepto el cautelar, el que fue recogido en Ouro Preto en el Protocolo de Medidas Cautelares³.

2. Aprobado por Decisión 05/92 del CMC.

3. Aprobado por el CMC por Decisión 27/94 del 17.12.994.

Los arts. 10 y 19 *in fine* del Protocolo de Ouro Preto, así como el art. 6 de la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares evidencian la adopción de este criterio de la autonomía de la cooperación cautelar. Establecen que “el cumplimiento de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional requerida no implicará el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal”. Y el art. 19 *in fine* especifica que “no se aplicará al cumplimiento de las medidas cautelares el procedimiento homologatorio de las sentencias extranjeras”.

3. FUENTES EN MATERIA CAUTELAR EN EL MERCOSUR

Como punto previo y básico frente al estudio del tema de la cooperación judicial internacional en materia cautelar en el Mercosur, corresponde analizar brevemente las distintas fuentes normativas existentes, y sus respectivos ámbitos de aplicación.

3.1. El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889

3.1.1. ÁMBITO DE APLICACION ESPACIAL

El tratado de 1889 fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, habiendo adherido Colombia; Brasil fue solamente signatario.

Resulta todavía aplicable por lo menos con Bolivia, ya que dicho Estado no ha ratificado ninguno de los instrumentos internacionales posteriores sobre la materia.

Los demás Estados ratificantes del Tratado de 1889, en cambio, se han incorporado a posteriores convenios internacionales sobre medidas cautelares, lo cual se analiza a continuación. En consecuencia, conforme al art. 30 de la Convención de Viena de 1986 sobre Derecho de los Tratados⁴, en los casos en que todos los Estados involucrados sean parte del tratado anterior y del posterior sobre el mismo tema, se aplica en principio el posterior.

3.1.2. ÁMBITO DE APLICACION MATERIAL

El art. 10 establece: “*Cuando los exhortos o cartas rogatorias se refieran a embargos, tasaciones, inventarios o diligencias preventivas, el juez exhortado proveerá lo que fuere necesario respecto al nombramiento de peritos, tasadores, depositarios y en general a todo aquello que sea conducente al mejor cumplimiento de la comisión*”.

La determinación del ámbito material es amplia, al hacer referencia a “diligencias preventivas”, dejando librado al intérprete el establecer qué medidas concretas pueden ser calificadas como tales.

3.2. El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940

3.2.1. ÁMBITO DE APLICACION ESPACIAL

El tratado de 1940 fue ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay, por lo que sustituye al de 1889 con relación a estos tres países entre sí. Pero a su vez, los referidos

4. Ratificada por Uruguay por Ley N° 16.173, de 30/3/91.

Estados han ratificado la Convención Interamericana de 1979 sobre la materia, por lo cual ésta sustituye al texto de 1940, en los términos del art. 30 de la Convención de Viena citada.

3.2.2. ÁMBITO DE APLICACION MATERIAL

El art. 12 es prácticamente idéntico al texto de 1889, por lo que son extensibles los mismos comentarios. Los arts. 13 y 14 también refieren al tema.

3.3. La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II, Montevideo, 1979)

3.3.1. ÁMBITO DE APLICACION ESPACIAL

Esta convención ha sido ratificada por tres de los cuatro Estados parte del Mercosur: Argentina (Ley Nº 22.921, B.O. 27/9/83), Paraguay y Uruguay (Ley Nº 14.953, de 18/12/79). Fue signada por los dos Estados asociados, Bolivia y Chile. Brasil por su parte ni siquiera es signatario de la convención.

3.3.2. ÁMBITO DE APLICACION MATERIAL

Conforme al art. 1, el ámbito de aplicación material de esta convención se extiende a "medidas cautelares", "medidas de seguridad" o "medidas de garantía" (expresiones consideradas equivalentes), cuando se utilizan para indicar *"todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil"*.

El art. 2 refiere a las medidas cautelares que tengan por objeto: *"a) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales; b) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda o administración e intervención de empresas"*.

La norma excluye –a *contrario sensu*– de su ámbito de aplicación, los embargos ejecutivos (aquellos que se ordenan frente a una presunción de certeza inicial, como en el caso del juicio ejecutivo) y ejecutorios (se disponen frente a una sentencia firme en vías de ejecución). Esta solución es coherente con nuestro derecho interno, que no exige en estos casos la constitución de contracautela⁵.

El art. 10 recoge el principio de la jurisdicción más próxima, regulando lo referente a las medidas conservatorias o de urgencia, que se analizan más adelante.

5. Margarita de Hegedus, "Cooperación judicial internacional en materia cautelar", en Curso de Derecho Procesal internacional y Comunitario del Mercosur, FCU, Montevideo, marzo 1997, p. 167.

3.4. Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994

3.4.1. ÁMBITO DE APLICACION ESPACIAL Y TEMPORAL

Este Protocolo fue aprobado por el CMC, Dec. N° 27/94; ha sido ratificado por Argentina⁶, Brasil⁷, Paraguay⁸ y Uruguay⁹, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 29 del Protocolo).

El art. 1 limita su aplicación a los Estados Partes del Tratado de Asunción, del cual es parte integrante (art. 29).

El propio Protocolo (art. 29) establece que entrará en vigor treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación con relación a los dos primeros Estados Partes que lo ratifiquen, y que para los demás lo hará el trigésimo día posterior al depósito del respectivo instrumento de ratificación. Conforme a esta disposición, el protocolo se encuentra vigente entre los cuatro Estados Parte del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay)¹⁰, los que efectivamente lo están aplicando¹¹.

3.4.2. ÁMBITO DE APLICACION MATERIAL

El Protocolo tiene por objeto reglamentar *“el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer”* (art. 1), *“solicitadas en procesos ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a reparación civil”* (art. 2). El art. 3 aclara que *“se admitirán las medidas cautelares preparatorias, las incidentales de una acción principal y las que garanticen la ejecución de una sentencia”*.

3.4.3. CLAUSULA DE COMPATIBILIDAD

El Protocolo ha incluido una cláusula de compatibilidad, estableciendo que *“no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre Medidas Cautelares en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes”* (art. 26).

6. Ley N° 24.579, sancionada el 25/10/95 y promulgada el 22/11/95;K publicada en el B.O. el 27/11/95, depósito de instrumento de ratificación en la Cancillería de la República del Paraguay el 14/3/96.

7. Decreto Legislativo N° 192, de 15/12/95, D.O.U. 18/12/95. Depósito de instrumento de ratificación en la Cancillería de la República del Paraguay el 18/3/97; Decreto Ejecutivo N° 2.626 de promulgación del Tratado. Ratificado, publicado en el DOU el 15/6/98.

8. Ley N° 619/95, del 6/8/95; depósito de instrumento de ratificación en la Cancillería de la República del Paraguay el 12/9/95.

9. Ley N° 16.930 del 20/4/98, publicada en el DO el 29/4/98. Depositado el Instrumento de ratificación en la Cancillería de la República del Paraguay, el 10/8/98.

10. Esta información surge de la lista de Decisiones incorporadas por los cuatro estados Parte a su Derecho Positivo, comunicadas por la SAM a las Secciones Nacionales, de acuerdo al art. 40 del Protocolo de Ouro Preto, publicadas en el BOM N° 6, p. 255.

11. Información proporcionada por el Prof. Dr. Eduardo Tellechea Bergman, Director de la Autoridad Central de Uruguay.

Es decir que los Estados Partes de la Convención Interamericana y del Protocolo de Brasilia podrían recurrir a la primera en lo que fuere más favorable, no obstante haber ratificado con posterioridad el Protocolo sobre la misma materia.

Así por ejemplo podría darse esta situación en materia de cooperación de urgencia, regulada en el art. 10 de la CIMC, y no prevista en el Protocolo de Ouro Preto¹².

3.4.4. ACUERDO COMPLEMENTARIO AL PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES

Este Acuerdo aprueba una serie de formularios contenidos en el Anexo al propio Acuerdo (art. 1), tendientes a facilitar la tarea de los jueces y demás autoridades que intervingan en la solicitud y diligenciamiento de las medidas cautelares. Fue aprobado por Dec. N° 9/97 del CMC, y publicado en el BOM (Boletín Oficial del Mercosur) N° 5, p. 20 a 33.

3.5. Normas uruguayas sobre cooperación cautelar

En Uruguay la normativa de fuente interna vigente en la materia a estudio es el Código General del Proceso (Ley N° 15.982, de 1988), cuyos artículos 530 a 536 regulan la cooperación judicial internacional en materia cautelar. Estas normas se basan fundamentalmente en las soluciones de la Convención Interamericana de 1979.

Las normas del CGP resultan aplicables en aquellos casos que se plantean con relación a Estados no ratificantes de la Convención Interamericana de 1979, por lo que en la región, regulan los casos con Brasil y Chile¹³.

4. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE EN MATERIA DE MEDIDAS CAUTELARES

4.1. Procedencia de la medida cautelar

La procedencia o admisibilidad de la medida cautelar se regula por la ley del lugar del proceso y es resuelta por los jueces de dicho Estado, es decir, por el requirente (art. 3 Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares –CIMC– y art. 5 Protocolo de Ouro Preto –POP–, art. 13 Tratado de 1940, art. 530.2 CGP).

4.2. Ejecución de la medida cautelar y contracautela o garantía

La ley que regula la ejecución de la medida cautelar, así como la contracautela o garantía, es la del Estado donde se solicita el cumplimiento de la medida, y son los jueces de ese Estado, es decir el requerido, los competentes al respecto (art. 3 CIMC y art. 6 POP).

12. Tellechea Bergman, E., "Panorama de los Protocolos del Mercosur sobre Derecho Internacional Privado, con especial referencia a aquellos relativos a la cooperación jurídica internacional", en Del Mercosur, Miguel Angel Ciuro Caldani (Coordinador), Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 226.

13. Este criterio ha sido consagrado en la fuente internacional, en el art. 1 de la Convención Interamericana sobre Normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979), y en la fuente interna, en el art. 524 CGP.

4.3. Modificaciones y sanciones

Las modificaciones de la medida cautelar y las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas se rigen por las leyes del lugar de cumplimiento de la medida, es decir, del Estado requerido. Son competentes los jueces de dicho Estado para entender en las referidas cuestiones (art. 4 CIMC y art. 7 POP).

4.4. Tercerías u oposiciones

Cuando se trata de tercerías de mejor derecho, el afectado por la medida podrá interponerla ante el juez requerido, para que éste lo comunique al requirente, el que suspenderá el trámite del proceso principal para que el afectado pueda hacer valer sus derechos. La oposición se sustanciará por el Juez de los principal, conforme a sus leyes (art. 5 CIMC y art. 9 POP).

“Si la tercería interpuesta fuese excluyente de dominio o de derechos reales sobre el bien embargado, o la oposición se fundamentare en la posesión o dominio del bien embargado, se resolverá por los jueces y de acuerdo a las leyes del lugar de la situación de dicho bien” (art. 5 in fine CIMC). Igual solución adopta el Protocolo de Ouro Preto en su art. 7, c).

4.5. Embargo y bienes: categorías autónomas

El punto ha sido analizado exhaustivamente por OPERTTI, considera que “el embargo constituye una categoría procesal autónoma, e independiente de la categoría bienes. De modo que aun admitiendo que todo lo relativo a éstos (inclusive con textos más comprensivos que los arts. 26 y 32 de los Tratados de Derecho Civil de 1889 y 1939-40, respectivamente) debiera estar bajo la custodia soberana del Estado, igualmente podría sostenerse, en cuanto a la procedencia (lo cual equivale a hablar de ley aplicable) del embargo, que ella está dada por la *lex fori*, que regula el proceso, sin perjuicio de reconocer a la ley territorial la facultad de establecer la embargabilidad o inembargabilidad de los bienes”¹⁴.

El mismo autor agrega: “De lo expuesto antes, se infiere en consecuencia: resolver el problema de la naturaleza del embargo conduce a determinar cuál es la ley aplicable del punto de vista internacional, único problema verdaderamente trascendente en lo que respecta a esta categoría puesto que no cabe discutir la competencia del juez del proceso para decretarlo, aunque sí la del juez encargado de proveer su levantamiento. Tratándose de una providencia judicial llamada a cobrar eficacia extraterritorial (como instrumento de cooperación judicial internacional persigue esa finalidad), y en tanto apunta hacia la noción de disponibilidad, al recaer sobre bienes extranjeros, se vuelve menester determinar en qué medida la ley de la situación (*lex rei sitae*) que rige a éstos, influye sobre el alcance y eficacia de la precatoria en examen. En este sentido es perfectamente conciliable la vigencia de la *lex rei sitae* con la regulación del embargo, como providencia judicial, por la *lex fori*. Supuesto y admitido que el embargo no crea ni extingue derechos reales, la ley de situación puede ceder parte de su vigor en favor de la ley del juez exhortante sin romper por ello su función de organización de la propiedad, tan íntimamente ligada al orden jurídico y social del Estado”¹⁵. (...)

14. Operti Badán, Didier, “Exhortos y Embargo de Bienes Extranjeros. Medios de Cooperación Judicial Internacional”. Montevideo., Ed. A. Fernández, 1976, p. 324.

15. Operti, op.cit., p. 325.

“Concluimos señalando que la ley que debe, en principio, regular el embargo es la del proceso (lex fori), no cupiendo contra la extraterritorialidad de la precautoria otra limitación que la emanada del orden público del Estado de situación de los bienes, el cual, a nuestro criterio, no está implícito en ellos sino que para su verificación han de concurrir las notas propias de dicha noción”¹⁶.

Este criterio sostenido por Operti es el recogido por la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP II, Montevideo, 1979) y por el Protocolo de Ouro Preto de Medidas Cautelares de 1994.

Por lo tanto, la regla general sigue siendo que la ley aplicable en materia de medidas cautelares es la lex fori, con algunas excepciones que hacen aplicable en ciertos casos a la ley del lugar de cumplimiento de la medida.

En cuanto al derecho internacional privado de fuente nacional, la disposición del art. 530.2 del Código General del Proceso es coincidente con la de la Convención Interamericana, en cuanto establece:

“La procedencia de la medida cautelar rogada se regulará de acuerdo con las leyes y por los tribunales del lugar del proceso extranjero. La ejecución de la medida, así como la contracautela, serán resueltas por los tribunales de la República conforme con su legislación.”

4.6. Competencia en la esfera internacional del requirente

A diferencia de lo que ocurre en materia de cooperación de mero trámite, cuando se trata de cooperación cautelar el juez exhortado debe controlar la competencia en la esfera internacional del exhortante. Este requisito fue expresamente establecido por el art. 2 de la C.I. sobre Medidas Cautelares, en el art. 530.1 CGP y en el art. 4 del POP.

En el ámbito interamericano, la Convención sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales de 1979 establece en su art. 2,d) que la competencia en la esfera internacional del requirente será controlada por el requerido “de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efectos”, es decir, conforme la ley del requerido.

El CGP (art. 539.1.4) en cambio establece que dicho control debe efectuarse conforme a la ley del requirente, “excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios” (del requerido).

Si bien estas normas refieren a la ejecución de sentencias y no al cumplimiento de medidas cautelares, parece lógica y compatible la interpretación de la Dra. De Hegedus¹⁷ de aplicar el mismo criterio adoptado para la ejecución de sentencias en los casos en que el juez deba controlar la competencia internacional del requirente de una medida cautelar, siempre que los Estados involucrados hayan ratificado las dos convenciones. Lo mismo con respecto al CGP, donde corresponde recurrir por analogía al criterio establecido en materia de ejecución de sentencias.

16. Operti, op.cit., p. 327.

17. De Hegedus, op.cit., p. 171.

5. COMPETENCIA DE URGENCIA: EL PRINCIPIO DE LA JURISDICCIÓN MÁS PRÓXIMA

5.1. Recepción general del principio en el derecho positivo

El principio de la jurisdicción más próxima fue consagrado con alcance general por el derecho procesal internacional uruguayo en el art. 535.1 CGP, que dice:

“Cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente para conocer en el litigio y siempre que el objeto de la medida se encontrara en el territorio nacional, los tribunales de la República podrán ordenar y ejecutar, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual”.

Además, en el derecho internacional privado interamericano, el principio de la jurisdicción más próxima fue recogido también con alcance general en el art. 10 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de 1979.

OPERTTI, al analizar el principio de la jurisdicción más próxima en la CIDIP II de Montevideo, 1979, manifestó que su país estaba sumamente interesado en “incluir una norma que asegure la adopción por cualquier Juez de medidas territoriales de carácter jurisdiccional, conservatorias o de urgencia, provisionales, de naturaleza cautelar, independientemente de las normas que pudieran existir en materia de jurisdicción internacional. O sea, cuando hay un bien jurídico a proteger en el territorio de determinado Juez, este podría adoptar esa medida en base al principio de la jurisdicción más próxima, sin mengua del principio de la competencia internacional, devolviendo el resultado obtenido al Juez natural internacional”¹⁸.

Este mecanismo habilita entonces a los jueces del Estado donde se encuentra el bien o persona a cautelar, a adoptar medidas conservatorias o de urgencia, a solicitud fundada de parte. Es precisamente el hecho de que el bien o persona a tutelar se encuentren en su territorio lo que legitima la intervención del juez, otorgándole competencia de urgencia, y no la solicitud de un juez extranjero. La extraterritorialidad de la medida se produce cuando, luego de cumplida, se incorpora –como toda medida de cooperación– al proceso principal de que se trate¹⁹.

El Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto de 1994, no hace referencia alguna al punto.

5.2. El caso particular de los buques

5.2.1. LA REGLA BASICA

La regla básica en materia de competencia de urgencia para medidas cautelares relativas a buques es el principio de la jurisdicción más próxima.

18. Opertti, Actas y Documentos, Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre D. Internacional Privado –CIDIP II– Vol. II, Secretaría Gral. O.E.A., p. 52.

19. Margarita de Hegedus, op.cit., p. 175.

La Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Embargo de Buques de Mar (Bruselas de 1952), establece como jurisdicción competente la del lugar de situación del buque²⁰.

Ninguno de los Estados parte del Mercosur ha ratificado esta Convención (Paraguay adhirió en 1968); tampoco lo han hecho los dos Estados asociados, Bolivia y Chile, por lo que carecemos en la región de una normativa específica común de fuente internacional sobre el tema²¹.

El Tratado de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940 –vigente entre Argentina, Paraguay y Uruguay– establece, con especial referencia a los buques, que “*el derecho de embargar y vender judicialmente un buque se regula por la ley de su situación*” (art. 4). Esta norma se refiere notoriamente a los buques de bandera extranjera, ya que a los nacionales no les es aplicable el Tratado.

Es importante señalar que el principio de jurisdicción más próxima fundado en un criterio de conveniencia evidente para el arresto, se extiende dentro del sistema del Tratado de 1940 también al embargo.

HERBERT sostiene que “*En el sistema del tratado, el embargo del buque se rige por la ley de la situación. Por el arresto se fija su situación y, por lo tanto, el derecho aplicable al embarco. Al mismo tiempo esa ley aplicable fija, en función del criterio Assef²², la jurisdicción competente para decidir las cuestiones relativas al embargo, como la traba, eficacia, orden, etc.*”

Esta extensión de la competencia del juez del lugar de situación, no sólo al arresto sino también al embargo, puede crear algunos problemas prácticos en el momento de ejecutar la medida. Por ello, es importante tener claro que el principio de jurisdicción más próxima establece una competencia de urgencia, que no excluye la competencia natural del juez del país de matrícula en el embargo strictu sensu.

Obviamente todos los tribunales en cualquier país del mundo pueden recibir una solicitud de embargo o de arresto y asumir competencia en el caso según sus propias normas de derecho internacional privado (nacional o internacional), pero una vez dictada la medida, el tribunal se va a enfrentar a la cuestión de cómo hacerla efectiva.

Es evidente que las medidas que impliquen la prohibición de enajenar el buque (embargo como indisponibilidad jurídica) deberán inscribirse en el país de Registro o matrícula del buque.

Con cierta frecuencia hemos visto que un tribunal uruguayo que decreta un embargo contra un buque de bandera extranjera insiste en librar oficios al Registro de Inhibiciones o al Registro Nacional de Buques, aún cuando la parte no se lo haya solicitado, lo que es perfectamente inútil. Si un buque de bandera brasileña se vende, nadie va a sacar certificados del Registro de Inhibiciones de Uruguay.

20. Dice el art. 2 de la Convención de Bruselas de 1952: “*Un buque que navegue bajo pabellón de uno de los Estados contratantes no podrá ser embargado dentro de la jurisdicción de un Estado contratante sino en virtud de un crédito marítimo, pero nada de lo que contienen las disposiciones del presente Convenio podrá ser considerado como una ampliación o restricción de los derechos y poderes, conferidos a los Estados, Autoridades Públicas o Autoridades portuarias por su ley interna o por sus reglamentos, para embargar, detener a un buque o impedir en otra forma que éste se haga a la mar dentro de su jurisdicción.*”

21. Aguirre Ramírez, Fernando y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Derecho Internacional Marítimo en el Mercosur, T. I, FCU, Montevideo, junio 1997.

22. Art. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

Por ello es conveniente que las medidas que impliquen indisponibilidad jurídica del buque se planteen ante los tribunales del país de matrícula, ya que en caso contrario deberemos enfrentar las dificultades de librar un exhorto a los mismos para lograr que la medida sea eficaz.

Es evidente también que las medidas que impliquen la prohibición de salida del buque (arresto) deberán ejecutarse por el tribunal del lugar de situación del buque, y siendo el buque por definición un bien mueble, estos tribunales van a variar en forma permanente.

Por lo mismo, toda medida de arresto de buque es conveniente solicitarla ante tribunales donde el buque se encuentre o en cuyas aguas jurisdiccionales se suponga va a ingresar en breve tiempo.

Las medidas solicitadas ante tribunales de puertos en los que el buque no va a entrar nunca, son también perfectamente inútiles, y nos obligarán a solicitar posteriormente su traba efectiva librando exhorto a los tribunales del país de situación del bien.

En ambos casos por lo tanto si las medidas han sido decretadas por tribunales ajenos al país de matrícula (el embargo) o ajenos al país de situación (el arresto), se nos van a plantear todos los problemas derivados de la cooperación jurisdiccional internacional en general, y de los exhortos y cartas rogatorias en particular.

Vamos a analizar, a vía de ejemplo, el caso de la medida cautelar de arresto de buques, la cual ha planteado interesantes problemas en el derecho internacional privado uruguayo actual.

5.2.2. EL PRINCIPIO DE LA JURISDICCION MAS PROXIMA Y LA COMPETENCIA DEL JUEZ URUGUAYO PARA DICTAR UNA MEDIDA CAUTELAR DE INTERDICCION DE SALIDA. VIGENCIA O DEROGACION DEL ART. 1042 DEL CODIGO DE COMERCIO URUGUAYO

Se ha discutido en relación a la jurisdicción competente en materia de medidas cautelares, la vigencia o no del art. 1042 del C. Com., el cual establece:

“Los buques extranjeros surtos en los puertos de la República, no pueden ser detenidos ni embargados, aunque se hallen sin carga, por deudas que no hayan sido contraídas en territorio de la República, y en utilidad de los mismos o de sus cargas o a pagar en la República.”

Este artículo fue tradicionalmente interpretado como estableciendo simplemente una prohibición de embargar, significado aparentemente claro en una primera lectura.

OPERTTI²³, en su tesis de 1965 sobre Exhortos y Embargo de Bienes Extranjeros, dice:

“También en lo tocante al embargo sobre buques extranjeros, surtos en los puertos de la República, el art. 1042 del mismo Código (de Comercio) dispone que no serán detenidos y embargados por deudas que no hayan sido contraídas en la República y en utilidad de los mismos buques o de sus cargas, o a pagar en la República. Como vemos, se restringe notablemente la eventual extraterritorialidad de las medidas de embargo.”

23. Opertti, op.cit., p. 308.

No obstante, la recepción con carácter general del *principio de la jurisdicción más próxima* en materia de medidas cautelares por nuestro derecho positivo reciente, ha sembrado crecientes dudas sobre si dicha interpretación sigue siendo la correcta y sobre la vigencia misma del texto legal del art. 1042 del C. Com.

El Dr. Luis María SIMÓN, en una reciente sentencia recaída en el caso "*The Insurance Company of North America c/ Navegação Mansur S.A.*", ha disipado claramente las referidas dudas, concluyendo en forma fundada que el art. 1042 ha sido derogado²⁴, en base a las modificaciones introducidas en nuestro derecho internacional privado por la Segunda Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II), celebrada en Montevideo, en 1979, donde se aprobó la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, y en especial por la aprobación del Código General del Proceso en 1988, que recoge la misma solución en la materia.

Esta sentencia del Dr. SIMÓN, cambió una jurisprudencia anterior, uno de cuyos ejemplos está dado por una sentencia del Dr. BERLANGIERI²⁵, recaída en un caso de solicitud de embargo de un buque de bandera extranjera, planteado por un exhorto de la justicia argentina. La misma hacía una interpretación literal de la norma del Código de Comercio, lo que se explica porque dada su fecha (11 de agosto de 1983), si bien la misma es posterior a la CIDIP II de 1979, es anterior a su ratificación por Argentina, que es de noviembre de 1983²⁶, y por lo tanto anterior a la vigencia de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares entre nuestro país y el país requirente.

De cualquier forma, sorprende incluso en ese momento, en una sentencia extensamente fundada, la falta de la más mínima referencia al art. 4 del Tratado de Montevideo de Navegación Comercial Internacional, de 1940, plenamente vigente entre Argentina y Uruguay, y que podía, en una lectura moderna, hacer más que dudosa la solución dada por el sentenciante.

Lo que sucede es que la revisión de la posición tradicional, que sostenía lo que hemos llamado "primera lectura" del art. 1042, recién se desarrolla en nuestra doctrina y jurisprudencia a partir de los trabajos de interpretación y comprensión de los alcances del llamado "principio de la jurisdicción más próxima", que se llevan adelante a partir de la sanción del Código General del Proceso, en 1988.

La citada sentencia del Dr. SIMÓN desarrolla, por el contrario, una visión moderna y crítica de la interpretación tradicional. Primero sostiene que, por su contexto, el art. 1042 refiere notoriamente a las ventas judiciales y no a medidas cautelares asegurativas.

Y en segundo lugar, plantea la tesis de que el art. 1042 del Código de Comercio fue derogado por la legislación posterior que estableció el llamado "principio de la jurisdicción más próxima".

Los grandes cambios experimentados por nuestro derecho internacional privado vigente en los últimos años (Convenciones Interamericanas y CGP), dejan sin sentido las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales elaboradas en base a una realidad normativa diferente.

24. Sentencia N° 1557/95, publicada en el Anuario de Derecho Comercial, T. 7, F.C.U., Junio de 1996, p. 441.

25. Publicada en L.J.U. con el N° 10.137.

26. Convenciones Interamericanas y Protocolos aprobados por las aprobados por las CIDIP; Documento informativo preparado por la Secretaría General, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/20/93, p. 38.

Así por ejemplo, la opinión de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA²⁷ expresada en un viejo artículo doctrinario de los años veinte, es de poco peso, desde que fue escrita mucho antes de que se aprobaran las disposiciones legales contenidas en el Tratado de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940 (art. 4), la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares de Montevideo de 1979 (art. 10) y el Código General del Proceso (art. 535), que admitieron expresamente el *principio de la jurisdicción más próxima* en materia de medidas cautelares.

Los imperativos derivados de la evolución de la realidad comercial, así como la evolución concordante del derecho comparado, han influido notoriamente en las opiniones posteriores de los mismos autores citados²⁸.

El principio de la jurisdicción más próxima, al incorporarse a nuestro derecho, derogó las disposiciones del art. 1042 C.Com. citadas y permitió tomar medidas cautelares del tipo de la decretada en el caso citado, contra buques surtos en aguas territoriales, sin distinción de bandera²⁹.

Por lo tanto, en nuestro derecho positivo actual, el Juez del lugar de situación del buque, sería el competente para tomar cualquier tipo de medidas cautelares, sin distinción de la nacionalidad de la nave³⁰.

Baste señalar las siguientes expresiones: “Lo dicho anteriormente pone a su vez de manifiesto la diferencia que, de hecho, se da entre la hipótesis de que el buque sea de bandera nacional y la hipótesis de que sea de bandera extranjera (que es aquella en la que normalmente debe funcionar el arresto)...”³¹.

Y sigue analizando extensamente el problema y expresa que, en el caso de buques de bandera nacional, que pueden embargarse mediante inscripción en el Registro respectivo, el arresto es innecesario. La posibilidad del arresto de buques³² se da justamente para buques de bandera extranjera.

Y la incorporación del principio de jurisdicción más próxima a nuestra legislación, permite dicho arresto y deroga la anterior prohibición.

Tan es esto así que HERBERT³³ analiza también, extensamente los problemas que plantea el arresto de buques de bandera extranjera en lo que hace al orden de los acreedores quirográficos y la prelación de embargos:

Al respecto expresa que: “...es interesante notar que, arrestado un buque en puerto nacional y debiéndose proceder a su embargo y secuestro, ha de tenerse en cuenta que, a pesar de que el buque es un bien en principio registrable, el de bandera extranjera carece

27. Publicado en la Jurisprudencia Abadie Santos, T. VI, p. 295.

28. Ver ut supra, Opertti, cita 10, en 4.- Competencia de urgencia: el principio de la jurisdicción más próxima.

29. Cfe. HERBERT, Ronald y FRESNEDO, Cecilia, op. cit.

30. Esta posición es compartida por el Prof. HERBERT, en “El arresto de buques y el principio de jurisdicción más próxima”, Herbert, Ronald y Fresnedo, Cecilia, en *Rev. de Transporte y Seguros* Nº 6 p.158.

31. Herbert y Fresnedo, op.cit., párrafo 15, p.160.

32. Que lo distingue claramente del embargo - Cfe.op.cit. parr.16.

33. op. ct. pág. 162 parr.24.

de registro alguno en la República y por ello, en tanto que bien mueble, es el acto de secuestro el que concreta el embargo (art. 380.1 del C.G.P.). Y la fecha del secuestro, entonces, es la que fija la prelación entre los acreedores quirográficos (no los preferenciales o hipotecarios) en caso de venta judicial, aún cuando alguno de ellos hubiese inscripto un embargo decretado por juez extranjero en el Registro respectivo (si existiese tal) del estado del pabellón, con anterioridad". Por lo tanto la prohibición que estableciere en el siglo XIX el art. 1042 C. Com. ya no existe y fue derogada en nuestro derecho.

6. PROBLEMAS VINCULADOS A LA DEMANDA DE FONDO POSTERIOR A LA MEDIDA CAUTELAR

6.1. La obligación de entablar la demanda en tiempo y forma. Interpretación de la jurisprudencia uruguaya

El art. 535 C.G.P., así como el art. 10 inc. 2 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, establecen que si el proceso aún no se hubiere iniciado, el tribunal que ordenó la medida fijará un plazo dentro del cual el peticionante habrá de hacer valer sus derechos, so pena de caducidad de la medida. El C.G.P. exige que el Juez fije dicho plazo "sujetándose a lo que en la materia dispone la ley nacional": en Uruguay son 30 días conforme el art. 311.2 C.G.P.

En ambas normas se establece que *"se estará a lo que resuelva, en definitiva, el tribunal internacionalmente competente"*.

O sea que el juez uruguayo que decreta una medida cautelar en base al principio de jurisdicción más próxima (art. 10 de la Convención Interamericana, o 535 del C.G.P.), debe constatar si existe proceso pendiente o no.

En caso afirmativo, comunicará la adopción de la medida de inmediato al tribunal extranjero que conoce en lo principal (art. 535.2).

Si el proceso no se hubiere iniciado aún, fija el plazo de 30 días (art. 535.3 y 311.2) y controla que el peticionante acredite haber cumplido con el mismo, esto es, que presente la demanda en tiempo y forma, ante el juez internacionalmente competente. En la Convención Interamericana no se establece plazo sino que se deja al juez la potestad de fijarlo.

El cumplimiento de este requisito debe ser acreditado ante el juez que dictó la medida conservatoria o de urgencia mediante la presentación de testimonio legalizado expedido por el tribunal internacionalmente competente.

En el caso "Empresa Internacional Ltda. C/ Latinka S.A., Latar S.A. y Vassily Polivanyi - Cobro de pesos"³⁴, el juez uruguayo trabó un embargo como medida cautelar, fundado en los arts. 535 y 311 del CGP, y conforme a dichas normas otorgó a la parte solicitante de la medida un plazo de 30 días para presentar la demanda ante los tribunales internacionalmente competentes, bajo apercibimiento de caducidad de las medidas cautelares. El actor presentó la demanda ante los tribunales uruguayos, dentro del plazo establecido, habiéndose interpuesto excepción de incompetencia. El juez falló haciendo lugar a la excepción, y otorgándole un nuevo plazo para ejercitar la demanda ante la sede extranjera competente. Uno de los demandados dedujo reposición, apelación y nulidad y pidió se revocara el fallo por

34. Publicada en La Justicia Uruguaya, T. CX, N° 12.735, p. 69-71.

cuanto se había concedido un nuevo plazo para deducir la demanda, solicitando en su lugar que se declararan caducas las medidas cautelares.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno uruguayo entendió (por unanimidad), en sentencia de 30/5/1994, que la demanda había sido ejercitada ante tribunales uruguayos dentro del plazo legal y que no existió caducidad alguna (art. 311.2 CGP).

Dice el fallo en el considerando I, par. 4 y 5: “Desde que el plazo debe computarse recién una vez que las medidas han sido “cumplidas”, en solución que hoy es indiscutible, y que no hace sino recoger la jurisprudencia anterior (...). En cuanto al otorgamiento de un nuevo plazo para ejercitar la demanda ante la sede extranjera competente, se justifica por el hecho de haberse planteado a posteriori la incompetencia del Juez nacional y haberse acogido la misma. No se trata de reabrir plazo alguno, sino de que únicamente luego de decidida la cuestión de incompetencia, es que se ingresa en la situación prevista por el art. 535.3 CGP. Y las medidas cautelares dispuestas, resultan ahora ser conservatorias para asegurar el resultado del juicio ante jurisdicción internacional (art. 531.1 idem)”.

6.2. La demanda puede ser arbitral o judicial

Las normas que regulan el principio de la jurisdicción más próxima con relación a las medidas cautelares, no distinguen entre la demanda arbitral y la judicial, sino que se limitan a exigir que el peticionante haga valer sus derechos so pena de caducidad de la medida (art. 535.3 del C.G.P.). El art. 10 de la Convención Interamericana establece que dentro del plazo fijado, “*deberá el peticionario hacer valer sus derechos en juicio*”, sin distinguir si se trata de juicio en sede judicial o arbitral.

Y es de principio que cuando la ley no distingue, no cabe que distinga el intérprete (arts. 17 y 18 Código Civil uruguayo).

Por otra parte el proceso arbitral está expresamente regulado en el derecho uruguayo de fuente interna, por el art. 472 y sigts. del C.G.P., y de fuente internacional (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, CIDIP I, Panamá, 1975, ratificada por Uruguay por ley 14.534, de 2/7/76, Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, CIDIP II, Montevideo, 1979, ratificada por Uruguay por ley 14.953, de 18/12/79, y Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958, ratificada por Uruguay por D. Ley Nº 15.229, de 11/12/81).

Con respecto a los demás Estados partes del Mercosur, los tres han ratificado la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975³⁵ y la de Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, de 1979.

Tanto el Código Gral. del Proceso como las Convenciones citadas reconocen plena validez a los procedimientos y laudos arbitrales realizados en el extranjero en forma absolutamente amplia (arts. 472.2 y 502 C.G.P., arts. 4 y 5 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975; arts. III y ss. de la Convención de Nueva York de 1958; y arts. 2 y 4 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979), equiparándolos a los procedimientos y sentencias judiciales.

35. Chile, Estado asociado al Mercosur, también ratificó la Convención de Arbitraje de 1975.

6.3. La presentación de la demanda en jurisdicción extranjera

El plazo de 30 días que otorga el art. 311.2 C.G.P. es idéntico ya sea que la demanda se presente en la jurisdicción nacional o ante tribunales extranjeros. Esta posición fue compartida por el Dr. SIMÓN en la sentencia citada, diciendo³⁶:

“El art. 311 ejusdem no exige que la presentación de la demanda se realice ante el mismo tribunal: esto sólo procede si el interviniente en etapa cautelar también es competente para la cuestión principal. Pero en supuestos de posible dicotomía, como el de autos según la postura de la promotora (quien fundamentó la competencia de la justicia chilena para el pleito principal en los arts. 2399 y 2401 del C.C.), la norma de cooperación internacional del art. 535 CGP, perfectamente puede determinar que mientras un tribunal sea competente para la cautela, otro lo sea para la promoción del pleito principal. En tales circunstancias, no queda al gestionante que intenta impedir la caducidad de la medida según el art. 311 cit., otra posibilidad que presentar la demanda ante el Juez competente para entender en ella, justificándolo luego ante el competente para la cautela, como se efectuó infolios.”

Esto significa que la norma del art. 535 C.G.P. –al igual que el art. 10 de la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares– funciona precisamente cuando el bien se halla en territorio sujeto a la jurisdicción uruguaya, y el juez internacionalmente competente en virtud del sistema de conflicto aplicable es un juez extranjero.

Si el juez uruguayo fuera el internacionalmente competente y el buque –para seguir con el mismo ejemplo– entrara dentro de su jurisdicción, el juez uruguayo decretaría la medida cautelar sin necesidad de recurrir a la jurisdicción de urgencia, conforme los arts. 311 y ss. del C.G.P.

6.4. Tribunal internacionalmente competente para entender en la cuestión de fondo y la vigencia del “forum arresti” en nuestro derecho

6.4.1. EL PRINCIPIO GENERAL

El tribunal internacionalmente competente para entender en la cuestión de fondo se determinará en cada caso en función de las normas de derecho internacional privado –de fuente nacional o internacional en su caso– que sean aplicables al mismo.

6.4.2. EL “FORUM ARRESTI” Y EL ARRESTO DE BUQUES

Sin embargo, conviene analizar en este punto lo que se ha llamado el “forum arresti”, o sea la competencia acumulativa del tribunal que ha decretado el arresto del buque para entender en la cuestión principal.

Aunque esta extensión de la competencia del tribunal del lugar de situación del buque pueda parecer abusiva, debe señalarse que esta es la tendencia predominante en el derecho comparado actual.

Tal extensión, no obstante, no está consagrada en el derecho positivo uruguayo.

36. Considerando VI de la sentencia citada, publicada en el Anuario de D. Comercial ya referido.

En el capítulo final del artículo ya citado sobre “El arresto de buques y el principio de la jurisdicción más próxima”³⁷, se realiza un análisis del derecho comparado (Convención de Bruselas de 1952, Convención de Lisboa de 1986 –ambas no ratificadas por Uruguay– y art. 612 de la Ley de Navegación Argentina) y se señala que parece ser la tendencia legislativa predominante, admitir la extensión de la jurisdicción del tribunal embargante al asunto de fondo.

Resulta claro a esta altura del análisis, y se demuestra claramente en el trabajo citado, que en nuestro derecho vigente, el “forum arresti” sólo está consagrado en los Tratados de Navegación Comercial Internacional de Montevideo (art.12 inc.3 del Tratado de 1889 y art. 8 y 13 del Tratado de 1940) para los casos de choques, abordajes o asistencia de buques de bandera diferente ocurridos en aguas internacionales.

En dichos casos no hay tribunal competente, y el principio del “forum arresti” permite evitar una denegación de justicia.

La idea que sustentamos con HERBERT en el trabajo citado, es que “en los casos de ausencia de normas que establezcan una jurisdicción competente y a efectos de evitar una denegación de justicia”, “el mecanismo de la jurisdicción más próxima permitiría determinar no sólo el juez competente para el arresto del buque, sino la jurisdicción del mismo tribunal embargante en el asunto de fondo”³⁸.

Cabe dejar constancia que aún en los países en que el “forum arresti” está expresamente consagrado, el mismo no sustituye sino que se agrega a la jurisdicción de los tribunales originariamente competentes en el asunto de fondo.

En dichos países, el “forum arresti” da otra opción al actor (además de, y no en vez de) quien podrá elegir entre dicha posibilidad, o demandar ante el tribunal del domicilio o del lugar de cumplimiento.

LOPEZ SAAVEDRA³⁹, comentando la Convención de Lisboa de 1986, señala que la competencia originaria de otros tribunales adicionales se mantiene.

Ello es así hasta el punto que “en el parag. 2 del citado artículo, se establece la facultad del tribunal que ordenó el embargo o ante quien se otorgaron las garantías, a no aceptar tal competencia, cuando ello “es permitido por la ley del Estado y un Tribunal de otro Estado acepta jurisdicción”.

6.4.3. CONCLUSION

Como conclusión, resulta incuestionable que el “forum arresti” no ha sido recibido por el derecho positivo uruguayo, salvo en los casos limitados señalados. Y su postulación de “lege ferenda” pretende dar a las partes una alternativa más, y no derogar las normas generales sobre competencia.

Menos aún puede sostenerse que la recepción –con carácter general– del principio de la jurisdicción más próxima (para las medidas cautelares) por el art. 535 C.G.P. haya consagrado el “forum arresti” en nuestro derecho, o derogado las normas sobre competencia

37. R. Herbert y C. Fresnedo de Aguirre, Revista de Transporte y Seguros Nº 6, 1993.

38. op.cit., p. 167, Nos. 61 y 62.

39. La Ley Año L Nº75 pág. 2 cit.27.

internacional en el juicio de fondo, cuando el mismo artículo prevé expresamente, que esa facultad se otorga *“cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente para conocer en el litigio...”* Y agrega el art. 535.3 que se fijará plazo para iniciar la demanda y que *“se estará a lo que resuelva en definitiva el tribunal internacionalmente competente.”*