

Inconsistencias prácticas derivadas del literal C, art. 7 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual

Practical inconsistencies arising from clause (C), article 7 of the Protocol of Buenos Aires on international jurisdiction in contractual matters

Práticas inconsistências decorrentes de cláusula (C), o artigo 7, o do protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual

*Rodrigo Almeida Idiarte*¹

¹Universidad de la República. Uruguay.

rodrigoalmeidaidiarte@gmail.com

<https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1468>

RESUMEN: En el presente artículo, se consideran los inconvenientes generados ante la elección del foro previsto en el literal C del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, a la luz de los aportes que la doctrina nacional ha efectuado al respecto y las consideraciones vertidas por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno en la Sentencia No. 100/2015 de fecha 18 de marzo de 2015.

PALABRAS CLAVE: jurisdicción, contrato, domicilio, derecho internacional.

Recibido: 15/08/2017. Revisado: 21/08/2017. Aceptado: 25/09/2017

ABSTRACT: In this article, we shall assess the inconveniences caused by the forum selection enshrined on Section 7, Subsection C of the Buenos Aires Protocol on International Jurisdiction on Contractual Matters, on the grounds of the contributions that local scholars have made in that regard and the considerations rendered by the Civil Appeals Court of 5th Term through Decision No. 100/2015, dated March 18th, 2015.

KEYWORDS: jurisdiction, agreement, domicile, international law

RESUMO: Neste artigo, consideramos o inconveniente gerado pela eleição do fórum previsto na literal C do artigo 7º do protocolo de Buenos Aires sobre a jurisdição internacional em matéria contratual, à luz das contribuições que a doutrina Nacional tem feito a este respeito e as considerações descarregadas pelo Tribunal de Apelações no civil de 5º turno na sentença n.º 100/2015 datada de 18 de março de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: jurisdição, contrato, domicílio, direito internacional.

SUMARIO: 1. Planteo introductorio 2. Consideraciones generales 3. Un foro innovador: "los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación" 3.1. La doctrina nacional 3.2. La visión del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno 3.3. Reflexiones en torno a la Sentencia No. 100/2015 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno 4. Consideraciones personales 5. Consideraciones finales 6. Bibliografía.

1.

PLANTEO INTRODUCTORIO

Desde la aprobación del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual de 1994 (en adelante “Protocolo de Buenos Aires”), los especialistas de nuestra disciplina han reparado sobre los inconvenientes prácticos que genera la posibilidad de que el actor plantee su acción ante los jueces de su domicilio o sede social.

En efecto, el literal c) del art. 7 del Protocolo de referencia, habilita la competencia del foro señalado en forma *condicionada*, requiriendo que el actor acredite el cumplimiento de su prestación a tales efectos. Sin embargo, es prácticamente nula la potencialidad de que los jueces del domicilio o sede social del actor actúen a la luz de tal disposición, en tanto el foro de referencia opera en la órbita de la jurisdicción subsidiaria.

No obstante ello, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno (en adelante “TAC 5º”), en Sentencia No. 100/2015 de fecha 18 de marzo de 2015, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el foro que nos asiste, formulando una serie de consideraciones respecto del curso argumental que la doctrina internacionista ha desarrollado sobre el punto.

Indudablemente, el desafío del presente análisis radica en postular una visión integrada sobre los problemas que emergen de tal disposición.

2.

CONSIDERACIONES GENERALES

Resulta insoslayable inmiscuirnos en el ámbito de aplicación sobre el que se enmarca el Protocolo de Buenos Aires, en tanto el foro sobre el que haremos gravitar nuestro análisis, resulta casi inoperante en la práctica judicial.

El art. 1 del Protocolo de Buenos Aires determina expresamente su ámbito de aplicación al expresar que “se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares- personas físicas o jurídicas: a) con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; b) cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado Parte del Tratado de Asunción y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de Este Protocolo”.

La primera advertencia que formular es que, el Protocolo se aplicará a la jurisdicción *contenciosa* internacional relativa a los contratos celebrados entre *particulares*, giro que descarta de su aplicación a los

actos gubernativos y de jurisdicción voluntaria. Los primeros, de todos modos, quedan excluidos al circunscribirse la norma a contratos celebrados entre particulares, sean personas físicas o jurídicas. Uno de los motivos que puede fundamentar esta limitación, es la incidencia que podría provocar la comparecencia de un Estado ante los tribunales de otro país, en la instancia que transita el proceso de integración regional.²

Asimismo, de la lectura de la disposición reseñada resulta claro apreciar que su ámbito de aplicación se encuentra enmarcado ante la exigencia de que las partes de la relación jurídica contractual –o al menos una de ellas– se encuentren domiciliadas o tengan su sede social en alguno de los estados mercosureños.

Cuando sólo una de las partes cumpliera este requisito, deben preceptivamente cumplirse con las exigencias previstas en la presente disposición.

La última de las exigencias referenciadas constituye uno de los corolarios del principio de la jurisdicción razonable que informa al Derecho Procesal Internacional.

² A. Dreyzin de Klor, “Jurisdicción internacional contractual en el Mercosur”, en *Derecho de la Integración*, N° 3, 2º Encuentro de Especialistas en el Mercosur, Facultad Nacional de Rosario (1995): 169.

De igual forma, la exigencia de tal conexión ha constituido uno de los elementos normativos capaces de justificar el criterio objetivo a los efectos de determinar la internacionalidad del contrato. En esta línea, Lorenzo ha sostenido que

el Protocolo de Buenos Aires adolece de un vicio importante en la delimitación del ámbito de aplicación, de tal forma que resulta imposible desentrañar los verdaderos elementos que hacen que un contrato sea internacional a la luz de lo que surge de las propias normas. Todo lo cual lleva a concluir que las conexiones razonables pueden ser cualesquiera, confirmándose así que la internacionalidad del contrato debe ser evaluada sin limitarse a los elementos que nos da el propio Protocolo.³⁻⁴

Concomitantemente, a través de su artículo 2, se excluyen una serie de negocios, a saber: a) los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos; b) los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; c) los contratos de seguridad social; d) los contratos administrativos; e) los contratos laborales; f) los contratos de venta al consumidor; g) los contratos de transporte; h) los contratos de seguros; i) los derechos reales.

Asimismo, se admite la elección de la jurisdicción, la que se concibe en los arts. 4 a 6 del Protocolo de referencia. En este sentido, serán competentes “los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo, puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales” (art. 4).

Sobre el punto debe destacarse que el consentimiento de las partes debe exteriorizarse a través de firma “*ya sea ésta de puño y letra o digital*”⁵. Igualmente, cuando el consentimiento se haya prestado por influjo de actos abusivos de la contraparte en la relación jurídica contractual, el acuerdo será nulo.

De conformidad con el art. 5 del Protocolo, el precitado acuerdo puede realizarse al momento de celebrarse el contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio.

En la misma línea, el art. 6 del Protocolo de Buenos Aires dispone que “Haya sido elegida o no la jurisdicción, ésta se entenderá prorrogada a favor del Estado Parte donde se

³ G Lorenzo, *Derecho aplicable al transporte multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del Mercosur* (Montevideo, UM, 2005), 82.

⁴ Aunque el punto escapa el objeto del presente análisis, compartimos con Lorenzo en considerar al criterio objetivo como el idóneo para determinar la internacionalidad del contrato. En esta línea, pregonamos también la calificación funcional, sobre la que tienen incidencia los sistemas positivos de los Estados con los que la relación jurídica presente vínculos objetivos. Para mayor abundamiento sobre el presente extremo, ver en “¿Cuándo un contrato es internacional?: análisis desde una perspectiva regional”, en *Avances del derecho internacional privado en América Latina: Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, FCU (2002), 105 – 132.

⁵ Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, vol. 2, 1ª (Montevideo: FCU, 2009), 175.

promoviere la acción cuando el demandado después de interpuesta ésta la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta”.

De la lectura conjunta de tales disposiciones debe destacarse la procedencia de la prórroga “pre-litem” como de la “post-litem”.

Tal como se ha advertido por Tellechea, la primera de las modalidades,

a) proporciona certeza acerca de la jurisdicción internacionalmente llamada a conocer en litigios relativos al negocio en que ha sido pactada; y b) previene un “forum shopping”, a veces excesivo, resultante de soluciones alternativas en las que la elección queda sujeta a la voluntad unilateral del actor, lo que favorece la asunción de competencias, en ocasiones exorbitantes, por los tribunales de algunos Estados.⁶

Sobre la prórroga “post-litem”, el precitado autor ha expresado que constituye una “Fórmula clásica de mayor protección de los intereses del demandado que la prórroga “pre-litem”, pues luego de planteada la demanda las posibilidades de presión contra aquel son sensiblemente menores”⁷.

Finalmente, el art. 7 del Protocolo de Buenos Aires, enmarcado en el capítulo II, denominado “*Jurisdicción Subsidiaria*”, expresa que, en ausencia del acuerdo referenciado, tienen jurisdicción **a elección del actor**: a) los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) los jueces del domicilio del demandado; y c) **los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación**.

Asimismo, esta nómina de foros concurrente debe interpretarse a la luz de los arts. 8 y siguientes, del Protocolo de referencia, los que establecen una serie de lineamientos tendientes a determinar el lugar de cumplimiento, el domicilio del demandado, o la determinación del tribunal en hipótesis como litigios entre socios, litisconsorcio pasivo, etc. A los efectos de canalizarlos ya en el foro que nos asiste, nos remitimos a la lectura de ellos.

⁶ E. Tellechea, “Soluciones concluidas en el Mercosur en materia de Jurisdicción Internacional. Análisis de los protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en materia de Responsabilidad Civil emergente de accidentes de tránsito”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 24 (2005): 78. FCU, Montevideo.

⁷ Tellechea, “Soluciones concluidas en el Mercosur...”: 79.

La única precisión que nos merece esta serie de artículos es que, si bien no existen pautas para la determinación del domicilio del actor a los efectos del foro que nos aqueja, debe mediar una analogía sobre aquellas señaladas para determinar el domicilio del demandado.

En este sentido el art. 9 reza que

A los fines del artículo 7, literal b), se entenderá por domicilio del demandado: a) Cuando se tratare de personas físicas: 1. Su residencia habitual; 2. Subsidiariamente el centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, el lugar donde se encontrare la simple residencia. b) Cuando se tratare de personas jurídicas, la sede principal de la administración; Si la persona jurídica tuviera sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación se considerará domiciliada en el lugar donde funcional y sujeta a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen...⁸.

El literal c) sobre el que centralizaremos nuestro estudio, constituye un foro innovador en el ámbito del Derecho Internacional Privado, que a simple vista facilitaría al actor acceder a la justicia. No obstante ello, esta opción acarrea con insalvables inconvenientes que se pasarán a analizar.

⁸ A nivel comparado se ha planteado el modo en que deben conjugarse las pautas contenidas en el art. 9 con el desarrollo contractual en el ciberespacio. Así se ha indicado que: "En el ciberespacio las partes de un contrato pueden tener un domicilio virtual, es decir, una dirección electrónica con un sufijo geográfico (ar, br, uy, pe, fr, es, etc.) que no necesariamente, coincida con el domicilio, residencia o lugar de establecimiento físico. Entonces, cabe preguntarnos si el domicilio virtual puede ser una pauta válida para determinar la jurisdicción competente. Debe tenerse presente que la elección de este criterio tiene el grave riesgo de que el deudor desplace muy rápidamente su dirección virtual para evadir la acción de la justicia.

En efecto, mientras el domicilio real es un criterio relativamente estable de localización, su par virtual puede resultar extremadamente fugaz. El primer problema que surge es, entonces, el de la localización del domicilio real, cierto, como criterio atributivo de jurisdicción internacional. Ya que no es determinante, en cambio, la ubicación del servidor mediante el cual el demandado se conecta a la red o la localización física de sus computadoras. En efecto, si fueran aceptados estos criterios, el deudor, en caso de ser perseguido, podría desplazar fugazmente su sitio al extranjero para evadir el sometimiento a la justicia [...] Sin embargo, ante la dificultad y hasta la frecuente imposibilidad de localizar el domicilio del demandado, se ha preconizado una interpretación amplia de dicho concepto: si aun siendo imposible determinar el domicilio actual del demandado, "existen elementos suficientes que lo vinculen con el país, los jueces argentinos podrían asumir jurisdicción internacional en virtud del llamado foro de necesidad, cuando el cierre del caso pudiera producir una efectiva denegación internacional de justicia" (Feldstein de Cárdenas, S., Scotti, L., "La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de internet a propósito de un caso de jurisprudencia francesa: Sébastien Robert C. Société Facebook Inc.", extraída de <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2013/06/art-10.pdf>, consultada el 1 de noviembre de 2015. Aunque lejos de encartar el caso en la órbita de aplicación del Protocolo de Buenos Aires, los autores efectúan un análisis de los distintos foros competenciales en virtud de los textos internacionales ratificados por Argentina, sopesando las cuestiones que emanan de la contratación online.

3.

UN FORO INNOVADOR: “LOS JUECES DE SU DOMICILIO O SEDE SOCIAL CUANDO DEMOSTRARE QUE CUMPLIÓ CON SU PRESTACIÓN”.

A) LA DOCTRINA NACIONAL

Sin perjuicio de que la jurisprudencia comparada ha expresado que “cuando se trata de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, esa voluntad consiste en dar certeza a una pluralidad de foros concurrentes, a fin de asegurar el derecho de las partes a acceder a la justicia”⁹, lo cierto es que el literal c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires ha generado en la doctrina nacional una serie de reparos en relación a los inconvenientes prácticos que ésta genera.

En este sentido, Tellechea expresa que “La solución, recibida por el **art. 7 literal c**, finalmente consensuada luego de una ardua negociación acerca de los criterios jurisdiccionales que el Protocolo acogería, premia con la opción de elegir el foro de su domicilio al demandante que acredite haber cumplido con las obligaciones contractuales a su cargo. Base jurisdiccional que en tanto condiciona la competencia a que el actor demuestre que cumplió con su prestación, puede originar dificultades serias, que el autor advirtiera al negociarse el texto, en casos en que precisamente se encuentre controversia tal circunstancia”¹⁰.

En igual línea, se ha expresado Véscovi al señalar que “solución ésta última de dudosa conveniencia, que puede dar lugar a no pocos problemas en su aplicación, pues justamente el cumplimiento o no de la obligación puede ser un elemento discutido por el demandado”¹¹.

Asimismo, Fresnedo de Aguirre ha indicado que

Esta solución ha sido objeto de oportunas y acertadas críticas, en especial, acerca de los problemas prácticos que esta norma puede plantear, puesto que precisamente el cumplimiento o no de su prestación puede ser el asunto que discute el demandado. En consecuencia, para resolver

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en Sentencia de fecha 20 de octubre de 1998, en autos “*Exportadora Buenos Aires S. A. c. Holiday Inn’s Worldwide Inc.*”, extraída en <http://fallos.diprargentina.com/2007/03/exportadora-buenos-aires-c-holiday-inns.html>, consultada el 29 de octubre de 2015.

¹⁰ Tellechea, “Nuevas regulaciones regionales en materia de jurisdicción internacional. Los vigentes protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito”, en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (Maldonado: FCU, 2006), 485.

¹¹ E. Véscovi, E., *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el Mercosur y América* (Montevideo: Idea, 2000), 47.

sobre una excepción de incompetencia el juez deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto, y si lo hace habrá prejuzgado.¹²

En este sentido, la doctrina vernácula ha sido radical al señalar las disfunciones que supone la aplicación de la disposición en concreto, las que como se expresará, son compartidas en su totalidad.

B) LA VISIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 5º TURNO

El TAC 5º, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto a través de la Sentencia No. 100/2015 de fecha 18 de marzo de 2015.

Según surge de los resultandos, la actora optó por promover su acción ante los jueces de su domicilio al abrigo de lo dispuesto en el literal c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires. Sin embargo, el magistrado actuante en primera instancia exigió que la actora acreditare el cumplimiento de sus obligaciones a los efectos de asumir competencia en el caso. Ello meritó la comparecencia de la actora con sus respectivos recaudos, advirtiéndole que “no ha quedado demostrado el cumplimiento de la prestación conforme a la normativa invocada, declarándose incompetente para entender en la causa”.

Sobre tal pronunciamiento, se interpusieron los recursos de reposición y apelación en subsidio, siendo el TAC 5º quien debió pronunciarse sobre el agravio articulado.

En efecto, el precitado cuerpo de magistrados revocó la resolución impugnada entendiendo que “en la subcausa, el proceso que se anuncia es ordinario, de manera que la comprobación del cumplimiento de la prestación por parte del actor y su examen judicial no han de llevarse a cabo de modo definitivo ni implicando resolución sobre el fondo del objeto litigioso, sino que han de llevarse a cabo de modo provisorio, prima facie, al solo efecto de verificar si se configura competencia internacional al abrigo de la norma citada”¹³.

Asimismo, el TAC 5º ha propiciado una analogía que se produce entre tal demostración y la disposición de las medidas cautelares al indicar que

¹² Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho...*, 175.

¹³ Tribunal de Apelaciones en lo Civil, 5º turno, Sentencia No. 100/2015 de fecha 18 de marzo de 2015, ficha 2-7761/2014, extraída de la Base de Jurisprudencia Nacional.

la situación parece ser análoga a la que se plantea en materia de medidas cautelares, donde doctrina y jurisprudencia pacíficas destacan el carácter provisorio, sumario, hasta superficial, que tiene el examen judicial de las cuestiones de mérito, sin que ello determine prejuizgamiento o impida el oportuno análisis de todas las cuestiones de fondo del litigio, una vez oídas ambas partes con todas las garantías, en la eventual sentencia definitiva.¹⁴

Frente a dicha sentencia, caben algunas reflexiones.

Prima facie, conviene destacar que la lectura que sobre el punto esboza el TAC 5º puede resultar atractiva. Ella pretende matizar el acceso a la justicia sin que el magistrado actuante prejuzgue al pronunciarse sobre su competencia.

Sin embargo, tal como se pretenderá explicar, el precitado cuerpo de magistrados no ofrece una lectura que permita disipar las inconsistencias sobre las que nuestra doctrina patria ha reparado.

En efecto, para explicitar esta ilación de advertencias que la sentencia en cuestión nos merece, resulta menester introducirnos en conceptos que hacen al Derecho Procesal, reflejando que las diversas ramas jurídicas no se presentan en los hechos como compartimentos estancos.

En este sentido, debe advertirse que la pretensión que se ventiló en los autos sobre los que recae la resolución, responde al proceso de estructura ordinaria conforme a lo dispuesto en nuestro Código General del Proceso (en adelante “C.G.P.”).

Aunque sin pretensiones de introducirnos en la secuencia de actos que constituyen la precitada estructura, debemos formular una serie de consideraciones, a saber:

- i) luego de haberse interpuesto la demanda, el magistrado receptor efectúa un control de admisibilidad sobre el acto inicial, pudiendo hacer relevo de los presupuestos procesales que no se encontraren presentes (arts. 119 y 133.2 del C.G.P.)¹⁵;
- ii) el demandado podrá contestar la demanda oponiendo excepciones, entre ellas la de incompetencia (art. 133.1 num. 1 del C.G.P.), la que según presumimos, se

¹⁴ Sentencia No. 100/2015.

¹⁵ El art. 133.2 del C.G.P. dispone que “*el tribunal relevará de oficio la incompetencia por razón de materia, cuantía, grado o turno*”. Aunque si bien se aprecia que la hipótesis que nos asiste no se encasilla con ninguna de las incompetencias enunciadas en el precitado artículo, lo cierto es que debemos armonizar la disposición procesal interna con el literal c del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires, concluyendo que tal relevamiento puede responder a que el actor no haya demostrado el cumplimiento de su prestación. Asimismo, esta conclusión puede ser considerada en función de lo dispuesto por el inc. 2 del art. 133 del C.G.P. el que establece que “La incompetencia excepto la que afecte la materia penal, solamente podrá ser relevada antes o durante la audiencia preliminar. Celebrada esta, precluye la posibilidad de plantearla...”, en tanto alude a un amplio margen de incompetencias en la que se puede circunscribir la que nos aqueja. Concomitantemente, conviene advertir de la presente disposición ofrece el momento en el que precluye la oportunidad para su relevo.

- opondrá en los casos en que el actor escogiere tal foro, en tanto el punto a debatir por el demandado podrá ser –será– el cumplimiento del actor en su prestación;
- iii) en el decurso de la audiencia preliminar, el magistrado deberá dictar una sentencia interlocutoria, la que en la jerga procesal se reconoce como “despacho saneador”, resolviendo sobre las excepciones opuestas a los efectos de depurar aquellas cuestiones que exceden el fondo del asunto (art. 341.5 del C.G.P.).

Sin embargo, los agravios que dieron mérito al pronunciamiento del TAC 5º, no se generaron por el dictado del despacho saneador, **sino por una resolución dictada en forma previa a que tal oportunidad procesal ocurriera**¹⁶.

Frente a esta situación, conviene volver a destacar que el TAC 5º ha expresado que: “la comprobación del cumplimiento de la prestación por parte del actor y su examen judicial no han de llevarse a cabo de modo definitivo ni implicando resolución sobre el fondo del objeto litigioso, sino que han de llevarse a cabo de modo **provisorio**, prima facie, al solo efecto de verificar si se configura competencia internacional al abrigo de la norma citada”.

Tal como lo expresa el Tribunal, el contralor efectuado es **provisorio** de conformidad con la etapa en la que se ha efectuado. En este sentido, y como es de lógica, debe advertirse que toda provisoriedad cesa en determinada oportunidad¹⁷. Ello acontece con las medidas cautelares, instrumentos procesales que bajo la óptica del TAC 5º resultan equivalentes a la demostración sobre la que nos hemos centrado.

La presente analogía nos exige que apreciemos algunos puntos en relación con las medidas cautelares para poder comprender el curso argumental al que arribó el TAC 5º en la sentencia de referencia, conjuntamente con las consideraciones que efectuaremos.

Por consiguiente, el insigne Couture ha definido a las medidas cautelares como “aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en él”¹⁸, por lo que se desprende de aquí que este tipo de medidas tienen como finalidad principal evitar el riesgo de inejecución de la sentencia definitiva, cesando ante la resolución que se pronunciare sobre el fondo de la cuestión.

Para su procedencia es necesaria la acreditación “superficial” –en la terminología utilizada en la sentencia en estudio– de los requisitos que la normativa legal exige: “fumus bonis

¹⁶ Si bien el autor no pudo acceder al expediente, en tanto se encuentra reservado, ello surge de la lectura de la Sentencia de referencia.

¹⁷ De conformidad con los conceptos elaborados por la Real Academia Española, tal concepto alude a lo que “*se hace, se halla o se tiene temporalmente*”. En <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=4NMLe3keQDX>, consulta el 18 de noviembre de 2015.

¹⁸ Eduardo Couture, *Vocabulario jurídico*, 4ª edición (Montevideo: B de F, 2010), 497.

iuris” y el “periculum in mora”, sin perjuicio de la contracautela que se debe prestar a los efectos de sopesar los daños que se pudieran irrogar con su disposición.

Claro que la acreditación de los requisitos expuestos ut supra no conducen a un prejuizgamiento por parte del tribunal, al menos los jueces cuando las disponen no son demasiado profusos en sus argumentos para no trasponer esa barrera.

Sin embargo, parece claro que el nexo que el TAC 5º encuentra para efectuar tal analogía es el carácter provisorio¹⁹ de éstas. En este sentido, Giuffra ha expresado que

Las providencias cautelares se caracterizan por ser provisorias o interinas, es decir, están destinadas a durar un tiempo determinado que transcurre entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia, sucesiva y esperada, que es la sentencia definitiva pudiendo esta última extinguirla, transformarla o afirmarla. El estado de provisoriedad se mantiene durante ese tiempo intermedio, que cesa una vez que adviene el evento esperado.²⁰

Ahora bien, si extrapolamos la provisoriedad que atañe a las medidas cautelares a la demostración de la prestación por parte del actor que nos determina la competencia del tribunal en tales hipótesis, debemos precisar el momento en que cesa su provisoriedad y culmina ese “*tiempo intermedio*”, pues ha sido en estos términos que se ha planteado por el TAC 5º.

Consideramos que, a diferencia de las medidas cautelares, el carácter provisorio en estos casos debe cesar al momento en que el magistrado dicte el despacho saneador (de conformidad con la estructura del proceso ordinario), pronunciándose sobre su competencia.

Finalmente, en esta oportunidad es que, al resolver sobre la excepción de incompetencia, el tribunal se declarará competente si considera que el actor cumplió efectivamente con su prestación, incurriendo de esta forma en prejuizgamiento.

La provisoriedad no cae en otro momento, pues es ésta la oportunidad sobre la que opera la preclusión para que el magistrado determine la competencia según el tracto procesal que se ha otorgado por nuestro legislador, y que se enmarca en los elementos de carácter ordenatorio (art. 133.2 C.G.P.).

Y aunque el TAC 5º cite con recelo fragmentos de las deficiencias prácticas que la doctrina ha expresado sobre la disposición objeto de nuestro análisis, arriba a la misma solución que pasamos a detallar al expresar que

¹⁹ Las medidas cautelares son provisorias no solo desde que se extinguen cuando se dicta la sentencia definitiva (que en general es aquella cuya eficacia, ejecución si es posible, quieren asegurar) sino porque, además, durarán en el tiempo siempre que se mantenga la situación de hecho que determine la existencia de peligro de daño o de frustración del derecho en cuestión. Según el art. 313 del CGP, el tribunal deberá determinar la duración de la medida cautelar (*establecer el término de su duración*, reza el 313.3).

²⁰ Carolina Giuffra, *Prohibición de innovar y medidas innovativas* (Montevideo: FCU, 2010), 21.

Cabe finalmente agregar que ni siquiera la determinación de la competencia realizada en este momento se halla exenta del control de la contraparte o del Tribunal en la fase de saneamiento de la audiencia preliminar, como sucede en cualquier proceso en que ab initio se considera el tema, que puede ser materia de cuestionamientos de partes o reexamen oficio del Tribunal, según los casos, de conformidad con la normativa procesal nacional.²¹

En conclusión, la provisoriedad a la que hace referencia el TAC 5º cesa llegada la audiencia preliminar, y ante el pronunciamiento que recaiga sobre la excepción de incompetencia. En este sentido, el magistrado prejuzga al dictar la precitada resolución, siendo que se pronunciará sobre el cumplimiento del actor, cuestión que hace al fondo del asunto.

Aunque los argumentos expuestos en la sentencia parezcan -a primeras luces- romper con el curso de argumentación arribado por la doctrina, una lectura más detenida nos conduce a justificar totalmente lo contrario.

4.

CONSIDERACIONES PERSONALES

Tal como venimos de detallar, la visión exteriorizada por el TAC 5º no hace más que aplazar el momento en que el juez deba toparse con los insalvables problemas sobre los que la doctrina nacional ha reparado.

Es así que, como hemos anticipado, ratificamos que el foro contenido en el literal c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires no solo obliga al juez a prejuzgar, sino que resulta claramente inconveniente en razón de las consideraciones que venimos de efectuar.

De este modo, alejándonos de todo tecnicismo jurídico, es posible comparar al foro en cuestión con un laberinto, al que no podemos sortear sin que el juez se pronuncie sobre el fondo del asunto con antelación al momento en que debiere dictar la sentencia definitiva.

Por el contrario, encontramos un matiz en las consideraciones formuladas por el TAC 5º. En este sentido, se comparte con los magistrados que: **los problemas que hemos detectado no parecen gravitar cuando la pretensión deba sustanciarse por un proceso de estructura monitoria.**

²¹ Sentencia No. 100/2015, el resaltado nos pertenece.

Sobre este extremo, el TAC 5º ha expresado que

En procesos de estructura monitoria, tal comprobación y análisis liminares en nada dificultarían el acceso a la Justicia o el dictado de decisiones de mérito en la oportunidad debida y sin prejuizar, pues en esa estructura el Tribunal ha de resolver oyendo solamente al actor, sobre el fondo de la pretensión, sin perjuicio de la eventual impugnación posterior de su decisión a través de excepciones.²²

Sin dudas, esta circunstancia constituye la válvula de escape a los problemas sobre los que hemos insistido en el cuerpo de este análisis. Como es sabido, la particularidad que atañe a los procesos de estructura monitoria es que luego de promovida la demanda, el juez efectúa un contralor sobre tal acto inicial, dictando una providencia inaudita altera pars en la que se pronuncia sobre el fondo del asunto.

Frente a esta estructura, se produce una ruptura respecto del tracto normal del contradictorio, pudiendo el demandado oponer excepciones contra la resolución que recaiga.

Pese a esta salvedad, no hay que obviar que pretensiones tales como la que se promovió en el caso de referencia, se sustancian por procesos de estructura ordinaria, lo que a los efectos prácticos no nos permite sanear los inconvenientes que apareja la disposición en análisis.

Por tanto, las consideraciones que se vienen de formular pueden tener relevancia desde el punto de vista teórico, pero pueden carecer de trascendencia en el plano real.

En resumen, el foro descripto no resulta recomendable para el actor, pues la deficiencia con la que fue redactado el lit. c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires, apareja inconsistencias sobre las que aún no prosperan soluciones, y difícilmente prosperarán.

5.

CONSIDERACIONES FINALES

Del estudio aquí efectuado es posible extraer las siguientes conclusiones:

- a) El foro que habilita el lit. c) del art. 7 del Protocolo de Buenos Aires, encierra inconsistencias de gran entidad, de manera que en los términos en los que se plantea conducen al juez actuante a prejuizar al momento en que deba resolver sobre la excepción de incompetencia.

²² Sentencia No. 100/2015.

- b) La visión del TAC 5º a nuestro juicio no es del todo precisa, puesto que no ofrece una solución plena respecto de los problemas que pueden presentarse
- c) De lo expresado por el mencionado cuerpo de magistrados podemos concluir que, la provisoriedad sobre la demostración del cumplimiento de la prestación del actor cesa ante el dictado del “despacho saneador”.
- d) El foro sí se compatibiliza con procesos de estructura monitoria, aunque en los hechos son escasas las pretensiones que en materia contractual se sustancian por tal estructura.
- e) Finalmente, conviene concluir que no se trata de un foro conveniente, pues de la disposición que nos asiste se extraen inconsistencias imposibles de reparar.

Para citar este artículo: Rodrigo Almeida Idiarte: “Inconsistencias prácticas derivadas del literal C, art. 7 del Protocolo de Buenos Aires sobre la jurisdicción internacional en materia contractual”, <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1468> *Revista de Derecho* 16 (2-2017), ISBN 1510-3714, 15-30.

6.

BIBLIOGRAFÍA

- Couture, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, 4ª edición, B de F, Montevideo, 2010.
- Dreyzin de Klor, Adriana, “Jurisdicción internacional contractual en el Mercosur”, en *Derecho de la Integración*, N° 3, 2º Encuentro de Especialistas en el Mercosur, Facultad Nacional de Rosario, 1995: 165 – 180.
- Feldstein de Cárdenas, Sara - Scotti, Luciana, “La jurisdicción internacional en los contratos de consumo celebrados a través de internet a propósito de un caso de jurisprudencia francesa: Sébastien Robert C. Société Facebook Inc.”, extraída de <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2013/06/art-10.pdf>
- Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado, t. II, vol. 2*, 1ª Edición, Montevideo, FCU, 2009.
- Giuffra, Carolina, *Prohibición de innovar y medidas innovativas*, Montevideo, FCU, 2010.

- Hargain, Daniel, “Contratos comerciales en el Mercosur: ley aplicable y juez competente”, en *Revista de derecho del Mercosur: Revista de direito do Mercosul*, año I, No. I (1997): 90 – 99.
- Klett, Selva, *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*, tomos 1, 2 y 3, Montevideo, FCU, 2014.
- Lorenzo, Gonzalo, “¿Cuándo un contrato es internacional?: análisis desde una perspectiva regional”, en *Avances del derecho internacional privado en América Latina: Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, FCU (2002): 105 – 132.
- Lorenzo, Gonzalo, *Derecho aplicable al transporte multimodal entre Uruguay y los demás países integrantes del Mercosur*, Montevideo, UM, 2005.
- Tellechea, Eduardo, “Nuevas regulaciones regionales en materia de jurisdicción internacional. Los vigentes protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito”, en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, FCU, Maldonado (2006): 469 – 491.
- Tellechea, Eduardo, “Soluciones concluidas en el Mercosur en materia de Jurisdicción Internacional. Análisis de los protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual y de San Luis en materia de Responsabilidad Civil emergente de accidentes de tránsito”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N° 24, FCU (2005): 71 – 86.
- Véscovi, Enrique, *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el Mercosur y América*, Montevideo, Idea, 2000.
- Uriondo de Martinoli, Amalia, “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual”, en *Derecho de la Integración, N° 3, 2º Encuentro de Especialistas en el Mercosur*, Facultad Nacional de Rosario (1995): 255 - 260.