



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**EL REENVÍO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:
NORMATIVA ECUATORIANA DEFICIENTE.**

**Autora:
Camila María Reyes Coellar.**

**Director:
Dr. Jorge Enrique Morales Álvarez.**

Cuenca-Ecuador

2022

DEDICATORIA

A mis ángeles, quienes
desde el cielo han venido cuidando de mí.

AGRADECIMIENTO

A Dios, quien ha sido mi guía y fortaleza, sabiendo que su mano de amor y fidelidad han estado conmigo hasta el día de hoy.

A mis padres, Juan y Catalina, quienes con su cariño, paciencia y dedicación me han permitido cumplir mis sueños, gracias por inculcar en mí el ejemplo de esfuerzo y valentía.

A mis hermanos, Juan Francisco, María Emilia y José Luis, por su apoyo incondicional, por estar conmigo en todo momento.

A José Antonio, por enseñarme a no rendirme y creer en mí.

Y finalmente, quiero expresar mi más grande y sincero agradecimiento al Dr. Jorge Morales, principal colaborador durante todo este proceso, quien con su dirección, conocimiento y enseñanza permitió el desarrollo de este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

Universidad del Azuay	1
DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	12
APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO: SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ECUATORIANO	12
1.1. Antecedente histórico de la aplicación extraterritorial del derecho: El caso Forgo. Breve análisis de éste.....	12
CAPÍTULO II	18
TEORÍA DE LA REMISIÓN O REENVÍO	18
2.1. Definición del reenvío.....	18
2.1.1. Supuestos.....	20
2.2. Teorías de la referencia máxima, media y mínima.....	21
2.3. Formas de remisión o reenvío.....	23
2.3.1. Reenvío de primer grado.....	23
2.3.2. Reenvío de segundo grado.....	23
2.4. Clases de normas.....	25
2.4.1. Norma en conflicto.....	25
2.4.2. Norma material.....	26
2.4.3. Norma de extensión.....	26
2.5. Elemento de la norma de colisión.....	26
2.5.1. Supuesto o tipo legal.....	27
2.5.2. Puntos de conexión.....	28
2.5.3. Consecuencia jurídica o a lo conectado.....	28
2.6. Breve referencia a los puntos de conexión.....	28
2.6.1. Clases de puntos de conexión.....	29
2.6.2. Objeto de referencia.....	29
2.6.3. Carácter de la conexión.....	29
CAPÍTULO III	35

TEORÍAS QUE JUSTIFICAN EL REENVÍO	35
3.1. Defensores del reenvío: Argumentos a favor del reenvío.....	35
3.1.1. Teoría de la remisión integral o referencia máxima.....	35
3.1.2. Teoría del doble reenvío.....	36
3.1.3. Teoría de la norma subsidiaria de conflicto.....	36
3.1.4. Teoría de la coordinación de las normas de conflicto.....	36
3.1.5. Crítica:.....	37
CAPÍTULO IV	38
APLICACIONES DEL REENVÍO	38
4.1. El reenvío en el estatuto personal.....	38
4.2. El reenvío en la jurisprudencia.....	39
4.3. El reenvío en las legislaciones.....	40
CAPÍTULO V	44
RECOPIACIÓN Y ANÁLISIS DE ALGUNAS DE LAS NORMAS DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ECUATORIANO QUE CONSAGRAN LOS CONFLICTOS DE LEYES, Y ENVUELVEN LA APLICACIÓN DEL REENVÍO	44
5.1. Análisis de la Sección XII denominada “De los conflictos de Leyes” del Código de Comercio.....	44
5.2. Análisis de la Sección VIII denominada “De los conflictos de leyes” del Código Orgánico Monetario y Financiero.....	49
5.3. Breve referencia al artículo 1036 del Código Civil: Solución de controversias en el Derecho Internacional Privado referente a la apertura de una sucesión.....	52
CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA	57

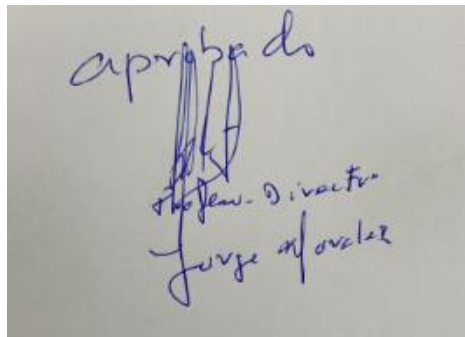
Índice de Tablas

<i>Tabla No. 1 Resumen Caso Forgo</i>	<i>16</i>
<i>Tabla No. 2 Conexión no acumulativa</i>	<i>29</i>
<i>Tabla No. 3 Conexión acumulativa</i>	<i>30</i>

RESUMEN

El estudio de la teoría del reenvío dentro del derecho internacional privado se origina por la necesidad de determinar cuál es la ley aplicable en un conflicto en donde se encuentran inmersas varias legislaciones; su aceptación, tratamiento y desarrollo han sido discutidos por importantes doctrinarios, consecuencia de ello, han creado no solo doctrina, sino también jurisprudencia y tratados internacionales que buscan lograr una mejor y unánime administración de justicia. En Ecuador, tal y como se analizará en este estudio, el tratamiento que se ha dado a la teoría del reenvío es escaso e insuficiente.

Palabras clave: Reenvío, normas de conflicto y puntos de conexión.



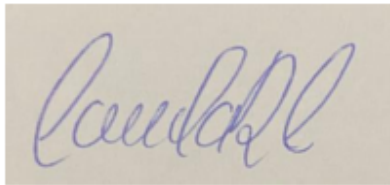
aprobado
Jorge Alvarez

ABSTRACT

The study of the forwarding theory within private international law originates from the need to determine which is the applicable law in a conflict where several legislations are immersed; its acceptance, treatment, and development have been discussed by important scholars; consequently, they have created not only doctrine, but also jurisprudence and international treaties that seek to achieve a better and unanimous administration of justice. In Ecuador, as will be analyzed in this study, the treatment that has been given to the forwarding theory is scarce and insufficient.

Keywords: Referral, conflict rules and connecting points.

Translated by:



Camila María Reyes Coellar

Author



INTRODUCCIÓN

Todas las tendencias y doctrinas coinciden en afirmar que, el objeto propio e intrínseco del derecho internacional privado es la resolución de conflictos que nacen de las relaciones jurídicas entre personas de distintas soberanías, por tanto, personas que se hayan sujetas a diferentes leyes. En tal sentido, uno de los principales fines que cumple el derecho internacional privado es el determinar cuál es la ley competente para regular una determinada relación jurídica que tiene el carácter de internacional.

Desde el inicio mismo del derecho internacional privado, una de las problemáticas mayormente estudiadas ha sido la teoría del reenvío, naciendo a la vida jurídica a través de la jurisprudencia emitida en el famoso caso Forgo.

El reenvío surge cuando las normas de conflicto de un Estado declaran aplicables para resolver un determinado problema - consecuentemente competentes- las leyes de otro Estado; en este contexto surgen varias interrogantes al respecto, ¿Cuál es la ley que tenemos que aplicar? ¿La relación tendría que regularse con fundamento a las normas materiales de este último Estado, o, se deberían aplicar sus normas de derecho internacional privado?

En respuesta a las preguntas planteadas en líneas anteriores, se debe dejar sentado que, si el problema jurídico se resolviera en base a las normas materiales de este último Estado, no habría reenvío, pues en tal caso, lo único que existe es un envío de la ley del primer Estado al segundo. No obstante, si acudimos a las normas de derecho internacional privado (normas de conflicto) de este segundo Estado y, ellas declaran competente la ley de otro Estado (primer o tercer Estado), entonces nos encontramos frente a la figura del reenvío.

Ahora bien, en la actualidad se ha evidenciado un aumento en el flujo migratorio, crecimiento del comercio mundial, expansión del turismo, nacimiento de modernos medios de comunicación, y demás, lo que ha llevado a que las personas no se limitan a celebrar contratos en un mismo lugar ni con personas de igual nacionalidad; esto claramente provoca el surgimiento de conflictos a la hora de resolver disputas en el ámbito no solo legal, sino también económico y social.

En nuestro país existe un deficiente desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinario con respecto a la teoría del reenvío. En unos pocos cuerpos legales de Ecuador encontramos secciones que contienen normas conflictuales relacionadas a aspectos mercantiles; sin embargo, no existe un cuerpo específico que reglamente cómo proceder al momento de encontrarnos frente a la figura del reenvío, así como tampoco, cómo debería aplicársela. Además, los aspectos regulados dentro de nuestro país son de índole mercantil y civil, no siendo las únicas ramas de derecho que merecen ser tratadas dentro de esta problemática que resulta ser la remisión.

Por ello, este trabajo de investigación pretende analizar la teoría del reenvío, así como los problemas que se suscitan en la normativa ecuatoriana frente a la insuficiente –por no decir nula– regulación al respecto.

CAPÍTULO I

APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO: SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ECUATORIANO

1.1. Antecedente histórico de la aplicación extraterritorial del derecho: El caso Forgo. Breve análisis de éste.

Los doctrinarios y autores considerados para la elaboración de este estudio, dentro de sus tratados de derecho internacional privado, concuerdan en señalar que la teoría del reenvío o remisión tuvo su origen en el famoso caso “Forgo”, acaecido en el país de Francia en el siglo XIX.

Se debe tener en cuenta que, con anterioridad a este célebre caso, ha habido situaciones similares; no obstante, en su momento éstas no recibieron el tratamiento legal y la importancia que merecían; por lo tanto, no existe documentación considerable sobre aquellos procesos.

A manera de síntesis debo indicar que, los casos a los que me refiero en líneas anteriores tuvieron lugar en los años 1652 y 1663 (siglo XVII), y corresponden a dos importantes decisiones emitidas por el Parlamento de Rouen. Dichas sentencias, se originaron debido a una diferencia que existía entre las Normas de Conflicto de París, en donde se encontraba vigente la Coutume de Paris, y Normas de Conflicto de Rouen, que emanaba de la Coutume de Normandie; sin embargo, estas decisiones no llegaron a constituir jurisprudencia en momento alguno, y es por ello, que los autores consideran que el origen del reenvío aconteció con el caso Forgo. En tal sentido, el nacimiento de la teoría del reenvío dentro del derecho internacional privado se produjo con la sentencia emitida por el tribunal francés (Corte de Casación) el 24 de junio de 1878.

Esta sentencia es el punto de despegue del reenvío, a partir de la misma, fueron varios los Estados que la aceptaron, mientras que, otros la rechazaron; tal es así que, a través del tiempo, este dictamen ha sido estudiado y discutido por distintos tratadistas, y gracias a ello, se ha generado una doctrina de la teoría del reenvío en el derecho internacional privado. Consecuentemente, ha forjado a las diferentes naciones a promulgar tratados y acuerdos internacionales que vinculan a los países entre sí; por ello, quienes en un principio no aceptaban

esta teoría, tuvieron que adaptarse a la misma considerando a ella como una realidad jurídica de la que tenían que ocuparse.

Con respecto al conocido caso Forgo, en primer lugar, se puede decir que se trata de un problema de transmisión hereditaria de los bienes que tuvo el señor Franz Xavier Forgo.

Forgo nació en el Ducado de Baviera (actualmente Alemania) en el año 1801, fue hijo natural, pero fuera de matrimonio, de la señora Ana María Ditchi (también bávara). A la edad de cinco años, Franz Forgo y su madre se trasladaron a vivir en la ciudad de Pau (Francia), lugar donde nunca realizó el trámite pertinente para adquirir un domicilio, conforme lo establecía la legislación francesa.

Tiempo después a su llegada a la ciudad de Pau, su madre, contrajo matrimonio con un ciudadano francés, adquiriendo de esta manera la señora Ana María Ditch la nacionalidad francesa.

Como bien se conoce Franz Forgo hizo toda su vida en la ciudad de Pau, aquí se casó con una adinerada francesa, con quien nunca tuvo hijos; tiempo después él enviudó y, a la edad de sesenta y ocho años (año 1869) Franz Forgo falleció sin dejar descendientes, pues el solo tenía parientes colaterales del lado materno.

Forgo en ningún momento otorgó testamento alguno; sin embargo, en vida creó un generoso patrimonio compuesto por bienes muebles situados en Francia.

Con respecto a los alegatos de este proceso, es importante indicar que la disputa se dio lugar entre algunos de los parientes colaterales de la madre de Franz Forgo y el Fisco francés, como bien se indicó en líneas anteriores, el objeto de la litis fue el patrimonio relicto mobiliario situado en Francia; en tal sentido, los primeros ejercitaron una acción de petición de herencia de los bienes dejados por Forgo.

Como es de esperarse, los parientes colaterales de Franz Forgo al sostener que, eran ellos quienes debían heredar los bienes del causante, invocaron el derecho bávaro y fundamentaron su pretensión en el Código Maximilianeus Bavaricus de 1756, conforme el cual, a falta de descendencia del fallecido, eran los parientes colaterales del este quienes debían heredar.

Mientras que, el Fisco francés (Administración de Dominios) basó su argumentación en las leyes francesas. Teniendo en cuenta el artículo 78 del Código Civil francés, el cual indicaba

que, la sucesión se debe regir por el derecho del lugar del domicilio de derecho del causante (norma de conflicto francesa); por lo que, a pesar de que Forgo vivió toda su vida en Francia, nunca constituyó su domicilio de derecho en este país, consecuentemente, a primera vista resultaba aplicable el derecho de Baviera, lugar donde siempre tuvo su domicilio de derecho; no obstante, consideraron necesario consultar el derecho sucesorio bávaro con la finalidad de saber cuál era la legislación aplicable a este caso.

Además, resulta trascendente indicar que el artículo 13 del Código Civil francés o, como lo denominan algunos autores, Código Civil Napoleónico establecía:

Artículo 13. - El extranjero, que por autorización del Rey, haya sido admitido a establecer su domicilio en Francia, gozará en ella de todos los derechos civiles, mientras continúe residiendo en la misma. (Código Civil Francés, 1804)

En virtud de ello, se considera que es la misma legislación francesa la que subordinaba a las personas extranjeras a adquirir su domicilio de derecho en Francia, con el propósito de beneficiarse de todos los derechos civiles en ella, por tal motivo, el interesado -en este caso Forgo- en su momento debía obtener lo que se conocía como “decreto de admisión al domicilio”, acto que, Franz Forgo en ningún momento realizó ni solicitó.

En tal sentido, Forgo tan solo tenía su domicilio de hecho (domicilio efectivo) en Francia, mientras que, su domicilio de derecho (domicilio legal) siempre permaneció en Baviera, lugar de nacimiento.

El Fisco francés, después de un minucioso estudio a las normas contenidas en el Codex Maximilianeus Bavaricus, sostuvo que éste código sometía la sucesión del causante a la ley del domicilio de hecho de este, es decir, Francia.

Frente a ello, el Fisco francés fundamentó su solicitud en el artículo 723 del Código Napoleónico antes indicado, el cual dice textualmente:

Artículo 723. - La ley arreglará el orden de suceder en la herencia legítima: en su defecto pasan los bienes a los hijos naturales, después al cónyuge sobreviviente y si no lo hay, al Estado. (Código Civil Francés, 1804)

Por lo expuesto anteriormente, los parientes colaterales, no tenían derecho alguno en la sucesión de Franz Forgo, ya que acorde a esta norma, al no existir cónyuge supérstite, ni tampoco descendencia, le correspondía al Estado francés sucederle en la totalidad de los bienes del causante.

En tal sentido, en primera instancia el Juzgado de Pau (Francia) resolvió que, Forgo nunca tuvo domicilio de derecho en Francia, pues este siempre permaneció en Baviera, y sabiendo que la ley Bávara ordena que la sucesión que exista con respecto a los bienes muebles debe sujetarse a la ley de su situación, es decir del lugar en donde estos se encuentran, era aplicable el derecho francés, claramente por el reenvío de esta última, consiguientemente, el Juzgado declaró que el fisco francés era el heredero legítimo de toda la sucesión del señor Franz Forgo.

Sin embargo, los parientes de Forgo inconformes con esta decisión, acudieron ante la Corte de Apelación de Burdeos, y en esta instancia, este tribunal dictó sentencia a favor de aquellos, indicando que, la ley aplicable a dicha sucesión era la del domicilio de derecho del causante, por tanto, se debía estar de acuerdo a la ley bávara, por lo que no había más que consultar en el Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, y, lo único que correspondía era entregar los bienes a los parientes del difunto Franz Forgo.

Posterior a esta sentencia, los abogados del Fisco francés estudiaron a fondo la ley bávara y encontraron que en ella existía una norma de derecho internacional privado, por medio de la cual, el reenvío iba a hacer su entrada a través de la jurisprudencia. En tal sentido, el Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis -plenamente aplicable a este caso- también contenía una norma de conflicto- la cual sujetaba a las sucesiones mobiliarias a la ley del lugar del último domicilio de hecho del de cuius, es decir a la ley francesa; por ello, en razón del artículo 13 del Código Napoleónico (anteriormente citado), le corresponde la herencia al Estado francés. Frente a este punto, es importante dejar sentado que, esta tesis en un inicio fue rechazada por el tribunal que conoció el asunto.

El estudio y la inteligencia de los abogados del Fisco francés, la llevaron a interponer un recurso de casación -ante la Coure de Cassation- en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelación de Burdeos, alegando que, aplicar la ley sustantiva bávara significaba violar directamente la legislación francesa, pues, la norma de conflicto francesa remitía la solución del caso a la ley del domicilio de derecho del difunto (ley bávara), sin embargo, la norma de conflicto

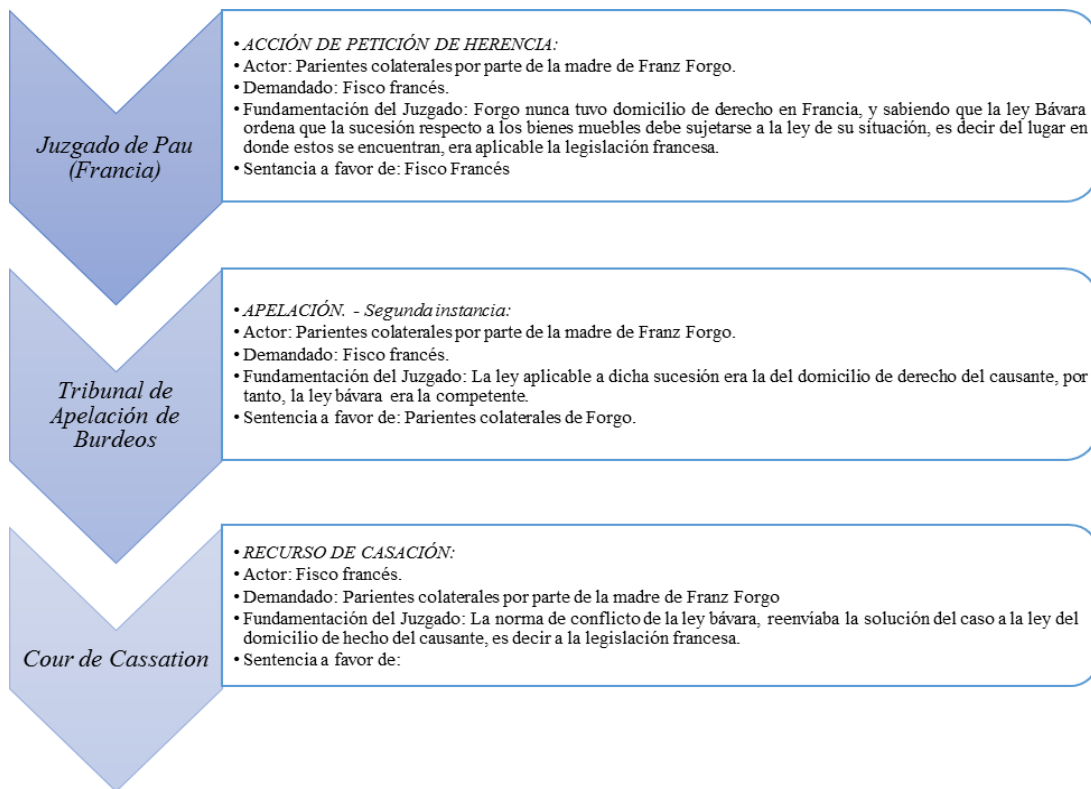
de la ley bávara, reenviaba la solución del caso a la ley del domicilio de hecho del causante, es decir a la legislación francesa; derecho que declaraba heredero legítimo al Estado francés.

Por esta razón la Coure de Cassation, mediante sentencia dictada el 24 de junio de 1878, falló a favor del Fisco francés y, declaró heredera de todos los bienes de Franz Xavier Forgo al Estado francés.

Gracias a esta resolución se incorporó la teoría del reenvío a la jurisprudencia francesa, y, subsecuentemente, a la jurisprudencia y leyes de distintos Estados por todo el mundo; además, en torno a esta figura se han llevado a cabo acuerdos y tratados internacionales, debiendo tener en cuenta que también existen países y diversas convenciones internacionales que la rechazan, las cuales serán materia de estudio en capítulos posteriores. No obstante, también hay que tener en cuenta que algunos países y diversas convenciones internacionales lo rechazan.

A continuación, se encuentra un cuadro de síntesis de lo que fue el renombrado caso Forgo:

Tabla No. 1 Resumen Caso Forgo



Fuente: (Cabra, 2012)

Elaboración: Propia

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA REMISIÓN O REENVÍO

2.1. Definición del reenvío.

El reenvío, también conocido doctrinalmente como teoría de la remisión, referencia o renvoi, se manifiesta cuando existe un conflicto negativo con respecto a las normas de derecho internacional privado entre dos o más Estados. Para ello, es importante diferenciar, qué es un conflicto positivo, y, a qué se refiere un conflicto negativo.

Hablamos de la existencia de un conflicto positivo cuando cada foro, es decir, el tribunal que se encuentra a cargo de resolver un asunto, quiere aplicar sus propias normas materiales (ley interna) en la resolución del mismo; como por ejemplo: Un tribunal ecuatoriano al emplear la ley domicilii, dentro de este ejemplo, el tribunal aplicaría su propia ley interna; consiguientemente, al no existir problema alguno en cuanto a quién compete aplicar el derecho, la figura del reenvío no tendría lugar.

Por otra parte, existe un conflicto negativo de leyes cuando los Estados intervinientes en la resolución de un determinado asunto, se niegan a aplicar su propia ley interna; como, por ejemplo: Un hombre estadounidense domiciliado en Francia. En este último Estado se aplicaría la ley estadounidense; mientras que, en Estados Unidos se aplicaría la ley del domicilio, es decir, la ley francesa.

Uno de los autores más destacados y conocidos dentro del Derecho Internacional Privado como lo es Niboyet, plantea la teoría del reenvío o remisión de la siguiente manera:

“Cuando, conforme a las reglas de conflictos de leyes de un país, la ley de otro país es competente, habrá que aplicar las disposiciones de puro derecho interno de este último país, o se aplicarán sus reglas de derecho internacional privado? Si se aplican las disposiciones de derecho interno de la ley de este país, no hay lugar al problema de la remisión. Por el contrario, si se recurre a la aplicación de las reglas de conflictos de leyes

formuladas por la legislación del país cuya ley es competente, se está planteando la remisión; es decir, la solución del caso se remite a la ley que las disposiciones de conflictos de leyes de dicho país declaran competente”. (Niboyet, 1960, pág. 317)

Por tanto, el reenvío se da cuando surgen problemas al momento de determinar la aplicación del derecho extranjero; es decir, aparece cuando con respecto a una determinada relación jurídica, una norma de conflicto de un primer Estado declara aplicable el derecho de otro Estado. Ahora bien, debemos dejar sentado que, este último Estado elegido no solo tiene normas de derecho material que pueden dar solución de manera directa al caso, sino también, tiene normas de conflicto o, de derecho internacional privado, las cuales indican cuál es el derecho que debe regular la relación jurídica que se encuentra en controversia. Teniendo en cuenta lo manifestado, puede ser que este segundo Estado, escogido por las normas de conflicto del primero, tenga también normas de conflicto, y en virtud de aquellas reenvíe su solución al primer Estado, o caso contrario, lo reenvíe a un tercer Estado.

Un aspecto que es importante considerar es que, no va a existir ningún conflicto jurídico a analizar desde la perspectiva del reenvío, cuando las normas de conflicto de ambos Estados que forman parte de la problemática a resolver son iguales o idénticas; el conflicto se da cuando estas normas de derecho internacional privado son distintas entre ellas.

También, es importante indicar que, dentro de la problemática a resolver con respecto al reenvío, juegan un papel sumamente importante los denominados puntos de conexión, mismos que se originan y se tornan distintos en virtud de cada legislación. Los puntos de conexión serán analizados más adelante en el presente trabajo.

Para finalizar el concepto del reenvío, en palabras del doctrinario Yaguas de Messía, el reenvío surge cuando se reúnen las siguientes premisas:

1. Debe existir una diversidad o diferencia expresada a través de las normas de conflicto, es decir, las normas de conflicto del primer Estado deben ser distintas a las normas de conflicto del segundo Estado;

2. Además, debe existir una consulta a la norma de conflicto extranjera, por tanto, el Juez del primer Estado debe realizar un análisis a la legislación del segundo Estado; y,
3. Finalmente surge el reenvío de esta norma, a una ley de otro Estado. (Messía, 1944, pág. 220)

2.1.1. Supuestos.

Tal como se hizo referencia en el primer capítulo de esta tesis, anterior al acontecimiento del famoso caso de Franz Xavier Forgo, existieron otros dos asuntos que generaron jurisprudencia, pues, los tribunales a cargo de los procesos aceptaron la aplicación de la teoría del reenvío conforme se detalla en líneas siguientes.

2.1.1.1. In re Achilopoulos.

Este caso versa sobre un ciudadano nacido en Grecia, quien al tiempo de su fallecimiento se encontraba domiciliado en Egipto; en este contexto, el tribunal del Estado griego que resolvió el caso sostuvo que, al ser Egipto el último domicilio del causante debía consultarse al derecho internacional privado de este Estado; sin embargo, la ley de este último Estado (Egipto) fue la que declaró aplicable, y consecuentemente reenvió el asunto para resolución al derecho interno de Grecia.

2.1.1.2. In re Trufort.

Mientras que, en este segundo caso, el de cuius era un ciudadano suizo, el cual mantenía su domicilio en Francia, cabe indicar que este ciudadano tenía un considerable valor patrimonial en bienes muebles ubicados en Francia. Frente a ello, el tribunal Suizo sostuvo que la sucesión con respecto a sus bienes debía regirse por la legislación francesa (último domicilio); no obstante, esta última reenvió el caso a la ley Suiza, es decir, a la ley de la nacionalidad del causante.

2.2. Teorías de la referencia máxima, media y mínima.

La teoría de la referencia máxima es también conocida doctrinariamente como teoría de la remisión global. Dicha teoría nació en la jurisprudencia inglesa en el año 1841, mediante el caso Collier C. Rivaz, y fue sostenida principalmente por tres autores: Ennecerus, Dicey y Keidel.

Se fundamentó en un pensamiento parcialmente internacionalista, al cual le resultaba muy difícil encontrar la diferencia entre las normas materiales y las normas de conflicto. (Navarro, 1982, pág. 169)

En virtud de lo mencionado en líneas anteriores, esta teoría se aplicaría cuando, una norma de conflicto de un Estado remite el caso al ordenamiento jurídico de otro, y a su vez considera que este reenvío acontecido debe incluir la integridad de la legislación de este segundo país; es decir, abarca tanto sus normas materiales, como sus normas de derecho internacional privado. En tal sentido, se considera al derecho extranjero como un todo indivisible, por lo que, el juez que resuelve el caso deberá hacer tal y como lo haría un juez del Estado extranjero.

La aplicación íntegra del ordenamiento jurídico extranjero se sustenta en que las normas de derecho material de un Estado guardan estrecha relación con las normas de conflicto del mismo, por lo tanto, consideran que la aplicación de una es equivalente a la aplicación de la otra. (Navarrete, 1969, pág. 128)

En esta teoría de referencia máxima el rol del juez es de suma importancia, debido a que, en primer lugar, este deberá identificar y realizar un análisis de la norma de conflicto que se encuentra en su propio ordenamiento jurídico, la cual, a su vez, remitirá a la aplicación del derecho extranjero. Cuando el juez se encuentre en este estado del proceso, deberá consultar las normas de conflicto de este segundo Estado, y para finalizar, aplicará íntegramente esta legislación ajena.

Existe un punto importante por tratar dentro de esta teoría, pues, como bien se ha indicado en líneas anteriores, al aceptar que la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero debe ser íntegra, considerando a esta legislación como un todo indivisible, tendría el mismo sentido si la

aplicación se la realiza al revés. Para resolver esta cuestión, es necesario preguntarnos: ¿Qué ocurriría si la norma de conflicto extranjera reenvía a la legislación del foro, que luego envía otra vez al ordenamiento jurídico ajeno y viceversa?

Los autores precursores de esta teoría de la referencia máxima han sido muy claros al indicar que, de darse este caso -que es muy común pues de esto se trata el reenvío- se estaría frente a dos legislaciones que se envían la competencia con respecto a una determinada relación jurídica, y se caería en un “juego de tenis internacional”, nombre con el que es conocido doctrinariamente este reenvío sucesivo. Naturalmente, en este caso, el legislador podría indicar al juez a cargo de la resolución cortar el reenvío en el primer grado, con el único objetivo de evitar situaciones sin fin y círculos viciosos sin llegar a resolución alguna.

De manera opuesta, la teoría de la referencia mínima es totalmente contraria a la teoría indicada en los párrafos anteriores, es decir, en este caso el juez del foro deberá aplicar únicamente el derecho extranjero en cuanto se refiera a las normas materiales del mismo, mas no a sus normas de derecho internacional privado.

Goldschmidt sostiene que la idea básica de esta teoría es errónea, por tanto, señala:

“El derecho internacional privado del juez no puede haber ordenado la aplicación de un derecho civil determinado en atención a la justicia con la que resuelve el caso controvertido (idea de la justicia material). En efecto, ello no es posible, porque en primer lugar, los derechos civiles cambian a partir de la emisión de las normas indirectas y, no obstante, debe aplicarse según opinión de todos el derecho civil actualmente vigente (sea el vigente al realizarse el caso controvertido, sea el vigente al darse la controversia) que el legislador de D.I.Pr. tal vez haya desconocido, por lo cual no puede haberse inspirado en su justicia; y porque, en segundo lugar, existen casos en los cuales la referencia directa a un derecho civil es enteramente imposible como ocurre siempre en el supuesto de multiplicidad de derechos vigentes en el Estado cuyo ordenamiento jurídico ha sido llamado, en cuyo caso la imposibilidad para el D.I.Pr. del Juez de prever la solución del derecho civil vigente y aplicable sube de punto. El norte del legislador de D.I.Pr. no es,

por consiguiente, la justicia de la solución ofrecida por un derecho civil determinado (idea de justicia material) sino la justicia que un derecho determinado dé la solución (idea de justicia procesal).” (Goldschmidt, 1952, pág. 349)

Finalmente, debemos dejar sentado que, la teoría de referencia media será analizada en el siguiente capítulo de esta tesis, pues a la misma se le conoce en la doctrina como “teoría del desistimiento”.

2.3. Formas de remisión o reenvío.

Dentro de la teoría del reenvío se puede encontrar varias maneras de surgimiento de este en una determinada relación jurídica, sin embargo, doctrinariamente las más conocidas son, el reenvío de primer y segundo grado, esto por haber estado presentes desde el inicio de esta figura del reenvío en el derecho internacional privado.

2.3.1. Reenvío de primer grado.

Ahora bien, el reenvío de primer grado también es conocido por los autores como reenvío simple, y es la forma más antigua de remisión, evidentemente ésta nació en los primeros casos que se suscitaron al respecto, como por ejemplo en el famoso caso Forgo.

En tal sentido, el reenvío de primer grado se manifiesta cuando, aquella norma de conflicto de un país extranjero declarada competente por el juez del foro, devuelve esta competencia al primer Estado, tal como se desprende del siguiente gráfico:

Mediante este mecanismo, el juez encargado del proceso llega siempre a aplicar su propia ley, en virtud del retorno de competencia que realiza la norma de derecho internacional privado de otro Estado, esto puede llegar a beneficiar al juez debido a que él más que nadie, tiene conocimiento pleno de la ley de su propio Estado.

2.3.2. Reenvío de segundo grado.

Por otra parte, el reenvío de segundo grado se presenta cuando la norma de conflicto extranjera declarada como competente por el juez del foro, a su vez, remite esta competencia a un tercer Estado, y este finalmente se declara idóneo para tratar el asunto; por lo tanto, la solución será aplicar el derecho material de un tercer Estado.

La tratadista Stella Maris Biocca manifiesta que el reenvío de segundo grado se da cuando: *“...la ley extranjera reenvía no a la legislación del juez, sino al de un tercer Estado. En el mismo ejemplo anterior, si el inglés está domiciliado en los Estados Unidos, y el Juez francés acepta el reenvío que hace la ley inglesa y aplica la ley americana, el reenvío es de segundo grado. Siguiendo el mismo ejemplo se debe considerar, además, un contrato celebrado en Alemania, sobre bienes situados en Italia, etc; la aplicación del sistema puede conducir a reenvíos sucesivos y formar un círculo de imposible solución”*. (Biocca, 1966, pág. 6)

Tal como se realizó con el reenvío de primer grado, a continuación, se encuentra un gráfico que clarifica éste tipo de remisión:

Uno de los casos en donde se aplicó el reenvío de segundo grado, es en de In Re Achillopoulos, descrito en el primer y segundo capítulo de esta tesis.

Es importante mencionar, que a través del tiempo los doctrinarios en materia de derecho internacional privado han encontrado distintas posibilidades de surgimiento de la figura del reenvío, si bien como se ha mencionado anteriormente, el reenvío de primer y segundo grado son los más comunes y conocidos, existen otros de los cuales haremos una breve referencia.

El reenvío sucesivo o ulterior prácticamente tuvo su origen con el reenvío de segundo grado, esto debido a que los doctrinarios después de un análisis se preguntaron ¿por qué el reenvío debía suspenderse después de que un tercer Estado haya sido escogido como el competente para regular una situación jurídica? Sin embargo, en esta forma de reenvío existe un inconveniente, pues ¿qué sucedería si dentro de las normas de conflicto uno de los Estados declarados competentes, remitiera esta competencia a un Estado que ya formó parte de este proceso de reenvío? Frente a ello, sus precursores se han manifestado y han resuelto que, en este último Estado

que, en virtud del reenvío, ha vuelto a ser parte de la cadena de sucesivos reenvíos, será el competente para regular el caso.

Otra de las variantes se la conoce como reenvío de múltiples grados o de cierre, y se da cuando varias legislaciones que forman parte del mismo problema jurídico, se remiten sucesivamente la competencia sin llegar a aceptarla hasta que, finalmente el reenvío recae sobre la ley del foro, es decir, la competencia vuelve al lugar de inicio de la remisión.

2.4. Clases de normas.

La materia de Derecho Internacional Privado ha creado distintas formas de regular y reglamentar los conflictos que puedan suscitarse en virtud de las relaciones humanas alrededor del mundo, es decir, relaciones internacionales; por lo que, en concreto hace uso de tres tipos de normas que son:

- Norma de conflicto: Se refiere a una forma de reglamentación indirecta;
- Norma material especial: Se aplica en una reglamentación directa; y,
- Norma de extensión: Es una técnica de reglamentación mixta.

La compatibilidad de estos tres tipos de normas dentro del derecho internacional privado de cada Estado dependerá de las necesidades que tenga cada uno de ellos al momento de regular esta teoría del reenvío. (UNAM, pág. 137)

A continuación, se detalla conceptualmente cada una de ellas.

2.4.1. Norma en conflicto.

La norma de conflicto, como su mismo nombre lo indica, cumple con la finalidad de resolver un problema con respecto a una determinada relación jurídica que se ha tornado de índole internacional debido a la existencia de puntos de conexión, en los cuales se hace referencia a más

de un ordenamiento jurídico. Se dice que es una norma indirecta, pues esta únicamente conduce a la legislación que será la competente para resolver este problema, mas no brinda la solución al mismo.

Este tipo de norma sea nacional o internacional, es la que más interesa al derecho internacional privado, es por ellos que los estudiosos del derecho afirman que más del noventa por ciento de las normas de derecho internacional privado tienen esta estructura.

El autor Savigny dice que, para ir a ese derecho sustantivo, la norma de conflicto se vale de los denominados puntos de conexión, punto de contacto o circunstancia de conexión, los cuales serán desarrollados más adelante.

2.4.2. Norma material.

Las normas materiales son disposiciones sustantivas que pertenecen al derecho interno de cada uno de los Estados, un claro ejemplo de ellas, son las normas contenidas en el Código Civil ecuatoriano. A este tipo de normas, por disposición del órgano legislativo del Estado, se les ha concedido un carácter internacional, consecuentemente, pueden ser aplicadas directamente cuando se suscite un problema que provenga de una relación jurídica internacional.

2.4.3. Norma de extensión.

Este tipo de normas, amplían la aplicación de las normas materiales diseñadas para situaciones internas de cada Estado, a escenarios en donde se encuentra inmerso contenido internacional. En tal sentido, las normas de extensión buscan fundamentalmente proteger ciertos valores jurídicos fundamentales para el foro, y a diferencia de las normas de conflicto, estas se encuentran únicamente compuestas por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

2.5. Elemento de la norma de colisión.

El autor Goldschmidt, partiendo de la norma indirecta ya detallada en líneas anteriores, realiza un estudio de la estructura de este tipo de normas, y, como conclusión de aquel análisis

crea una teoría denominada “concepción normológica del derecho internacional privado”, la cual tiene como fundamento principal la distinción entre tipo legal y consecuencia jurídica.

Frente a lo mencionado, otro autor internacionalista, Ricardo M. Zuccherino describe la forma en cómo está creada la estructura de la norma indirecta (Zuccherino, 1976, pág. 16):

- a) Relación jurídica;
- b) Punto de conexión; y,
- c) Jurisdicción competente.

Este autor anteriormente citado, establece como ejemplo el artículo 3612 del Código Civil argentino que dice: “*El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte*” (Código Civil de la República Argentina, 1871), en tal sentido se establece lo siguiente:

- a) Relación jurídica: El contenido del testamento, su validez o invalidez legal;
- b) Punto de conexión: Domicilio del testador; y,
- c) Jurisdicción competente: La ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

La norma en conflicto siempre deberá estar formada conforme la estructura detallada, por tanto, esta nunca va a llegar a regular la relación jurídica, pues, su función únicamente recae en indicar la legislación aplicable a dicha situación.

2.5.1. Supuesto o tipo legal.

Existen varias teorías sobre la definición de situación jurídica como tal; sin embargo, el autor Alberto Juan Pardo habla acerca de la propuesta realizada por Von Bar, la cual, desde mi perspectiva es la más acertada y, consecuentemente aceptada por lo doctrinarios.

Ella indica que el supuesto o tipo legal hace referencia a los hechos sobre los cuales se plantea una discusión, es decir, son realidades que se encuentran presentes dentro de la vida

cotidiana de los seres humanos, mismas que a simple vista no poseen un carácter jurídico, sin embargo, son los que fecundan esta norma de conflicto. (Pardo, 1976, pág. 47)

2.5.2. Puntos de conexión.

En cuanto a los puntos de conexión, Alberto Juan Pardo dice: *“En esencia, los puntos de conexión constituyen el instrumento técnico que nos permite localizar definitivamente la situación jurídica o un aspecto de la misma que recibe elementos extranjeros.”* (Pardo, 1976, pág. 48)

Consecuentemente, los puntos de conexión representan el vínculo existente entre el supuesto o tipo legal y la jurisdicción aplicable.

2.5.3. Consecuencia jurídica o a lo conectado.

Finalmente, esta parte de la estructura de la norma en conflicto indica la jurisdicción aplicable, es decir, señala el ordenamiento jurídico que le permitirá el juez regular la situación jurídica.

2.6. Breve referencia a los puntos de conexión.

Hernán Coello dice que: *“(...) son aquellas circunstancias que vincula un problema de derechos con un derecho determinado.”* (García, 2004)

Además, se puede decir que los puntos de conexión pueden ser fácticos o jurídicos. Los puntos de conexión fácticos contienen referencia directa a un determinado hecho, por lo tanto, son de fácil interpretación, por ejemplo: lugar de situación de un bien inmueble, lugar de presentación de la demanda, entre otros. Mientras que, los puntos de conexión jurídicos comprenden situaciones que requieren de una mayor interpretación, y en la búsqueda de que ésta sea uniforme es en donde se encuentra el problema, un claro ejemplo de este tipo de puntos de conexión es el domicilio. (Belardo, 2012, pág. 291)

2.6.1. Clases de puntos de conexión.

El doctrinario Goldschmidt clasifica a los denominados puntos de conexión según el objeto de referencia y el carácter de la conexión (Goldschmidt, 1952, pág. 317):

2.6.2. Objeto de referencia.

- a) Nombres abstractos: Tales como la nacionalidad, el domicilio, la residencia, la permanencia en un país, entre otros; y,
- b) Objetos y sucesos: Como por ejemplo la lex situs, lugar de celebración del contrato, lugar de cumplimiento y otorgamiento del acto, entre otros.

2.6.3. Carácter de la conexión.

Tabla No. 2 Conexión no acumulativa

a) Conexión no acumulativa		
Simple	Condicional	
	Subsidiaria	Alternativa
	Se aplica una sola ley cuando versa sobre un determinado aspecto. Ejemplo: Cuando se trata de posesión, propiedad, y demás derechos reales, se utiliza el elemento de conexión de la ley de su situación.	La norma de conflicto tiene un solo punto de conexión, sin embargo, acude a un segundo.

Fuente: (Goldschmidt, 1952, pág. 317)

Elaboración: Propia.

Tabla No. 3 Conexión acumulativa

b) Conexión acumulativa	
Igual	Desigual
Una situación jurídica está sometida a varios ordenamientos jurídicos, por lo tanto, deben encontrarse de acuerdo para llegar a una solución.	Consiste en aplicar a una situación jurídica un solo derecho, el cual puede ser disminuido o aumentado por otro derecho.
Simple	Múltiple
Por ejemplo, la que sirve para fijar la ley que ha de regir el estado o la capacidad de una persona	Por ejemplo: la capacidad de las partes, la forma que debe contener un acto, requisitos de fondo, entre otros.

Fuente: (Goldschmidt, 1952, pág. 317)

Elaboración: Propia.

A continuación, se hará una breve referencia con respecto a los puntos de conexión que los autores conocen como punto de contacto fácticos:

- **Lex situs o lex rei sitae (lugar de situación de los bienes):** Este punto de conexión es un principio ancestral tan antiguo como el mismo derecho internacional privado y encuentra su fundamento en la doctrina territorialista. A través del tiempo se ha justificado mediante distintas razones: la primera, hace referencia a la soberanía, pues el territorio en sí de un Estado es la suma de todos los bienes inmuebles que la conforman; mientras que, por otra parte, se cumple con un criterio de proximidad el cual es la base de la norma de conflicto.

Es importante tener en cuenta que, este factor de conexión favorece el principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta que, ninguna medida de ejecución con respecto a un bien inmueble (como, por ejemplo: embargo, prohibición de enajenar, sucesión por causa de muerte, proceso de partición) puede cumplirse sin la aprobación del Estado en donde se encuentre ubicado éste. Además, la doctrina ha diferenciado la situación de los bienes muebles, en un primer escenario, haciendo referencia a aquellos que son permanentes, es decir que, no existe intención alguna de transportarlos en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, se regirán por las normas de lugar de su situación; mientras que, aquellos que se desplazan de un lugar a otro en cualquier momento y por voluntad de cualquier persona, se rigen por la ley del domicilio de su dueño, en palabras de Savigny “la ley personal del propietario”, no obstante, si se desconoce el domicilio de su propietario, se sujeta a la ley del lugar de situación del bien mueble. (Belardo, 2012, pág. 293)

- **Lugar de destino:** El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, en su artículo 14 establece: *“La ley del Estado donde se entra o debió entregarse la carga al cosignatario rige todo lo concerniente al cumplimiento y a la forma de ejecución de las obligaciones relativas a dicha entrega”* (Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, 1940); en tal sentido, el mencionado artículo nos permite iniciar un proceso con respecto al transporte internacional de mercadería, y claramente, envía su solución al país o lugar de su destino, es decir al lugar donde esta mercadería debe ser finalmente entregada. (Belardo, 2012, pág. 297)

- **Lugar de la matrícula o del registro:** Existen bienes que tiene por finalidad el movilizarse alrededor del mundo, tales como: barcos, naves, aviones, camiones, etc., al estar en constante movimiento, de manera reiterada se encuentran en zonas que no tienen soberanía, como, por ejemplo: alta mar; por ello, del lugar que consta en su matrícula, resulta el estatuto del bien en referencia, es decir, su régimen de propiedad, las seguridades de las que puede ser objeto, entre otras, se fundamentan en el lugar en donde se hayan matriculados. (Belardo, 2012, pág. 297)

- **Locus solutionis (lugar de pago):** Este punto de conexión es utilizado cuando se trata de créditos y valores, sean estos emitidos a través de títulos o no, y conduce a la aplicación de la ley del lugar donde debe cumplirse la obligación. El Tratado de Montevideo de 1889, en el artículo 49 y el Tratado de 1940, artículo 33, así como la Convención Interamericana sobre letras de cambio de 1975 y las de cheques de 1975 y 1979, coinciden con esta solución. También, en materia de letras de cambio manifiestan que, cuando no se indique el lugar donde la obligación cambiaria se contrajo, esta se regirá por la ley del lugar donde la letra debe ser pagada. El Código de Comercio ecuatoriano incluye una sección destinada para el tratamiento único en cuanto se refiere a la capacidad frente a las letras de cambio, este aspecto será tratado en el capítulo V de este trabajo de estudio. (Belardo, 2012, pág. 298)

- **Lugar de cumplimiento:** Este elemento de conexión guarda una estrecha vinculación al punto de conexión detallado en el párrafo anterior, siempre y cuando se refiera a documentos con contenido crediticio o de valor. Cuando versa sobre el cumplimiento de una obligación que nace de un contrato, se estaría conforme lo consagrado en los Tratados de Montevideo de 1889, desde el artículo 32 al 39; y de 1940, desde el artículo 36 al 43, en base a lo indicado en esta norma, se enviaría la solución del problema jurídico al lugar en donde la obligación debe ser cumplida. (Belardo, 2012, pág. 299)

- **Lex loci celebrationis (lugar de celebración):** El artículo 46 del Tratado de Montevideo de 1940, indica que las formas intrínsecas y solemnidades que deben cumplirse en todos los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en donde estos fueron celebrados. Es importante indicar que el artículo 50, numeral 3) de este importante Tratado indica que en materia de títulos valores impera el criterio de la *lex loci celebrationis*. (Belardo, 2012, pág. 299)

- **Lex loci delicti commissi:** Este criterio es utilizado para regular los hechos o actos ilícitos que no tienen una ley de base. En un principio, se tenía como referencia al lugar donde se realizó el acto original; sin embargo, en la actualidad se ha buscado ampliar su regulación, abarcando de igual manera, al lugar en donde se provocó el daño. Los Tratados de

Montevideo de 1889, artículo 38, y de 1943, artículo 4, admiten la ley del lugar donde se originó la conducta, pues, “(...) consideran que en el caso de responsabilidad extracontractual debe privilegiarse el aspecto sancionador a la conducta del autor y no el resarcitorio o indemnizatorio del daño sufrido por la víctima”. (Belardo, 2012, pág. 300)

- **Domicilio:** Varios doctrinarios coinciden al manifestar que, este punto de conexión junto con la nacionalidad, son puntos de conexión primarios que solventar el primer proceso lógico y jurídico de una litis. El problema se fundamenta es resolver si el domicilio es una simple residencia o si en verdad cumple con todas las características que debe tener el mismo.

Los diversos tratados otorgan calificaciones distintas a este punto de conexión; tal es así que, el Tratado de Montevideo de 1889 dice que el domicilio es el lugar de residencia de la persona; al igual lo determina el Código Sánchez de Bustamante.

Años después, el Tratado de Montevideo de 1940 ha adoptado un criterio distinto, indicando que ésta residencia debe estar acompañada con el ánimo de permanecer en ella, es decir, el lugar donde está el lugar doméstico de la persona, si ella no existiese, se adoptará como domicilio el lugar que sea el centro principal de sus negocios, finalmente a falta de estos, será el que se presuma que es su residencia. (Tratado de Derecho Civil Internacional, 1940)

La Convención de 1979 establece requisitos mucho más precisos para calificar al domicilio, sin embargo, solo se aplica para personas naturales.

1. El lugar de residencia habitual.
2. El centro principal de los negocios.
3. En ausencia de los anteriores, el lugar de la simple residencia.
4. A falta de los anteriores elementos, el lugar donde se encuentre al interesado.

A partir del artículo 46 del Código Civil ecuatoriano, encontramos normas que establecen que el domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes; el domicilio de los

cónyuges será donde vivan de consumo, salvo que fijen cada uno su domicilio propio; y el domicilio de los diplomáticos será el del último Estado acreditante. (Código Civil, 2017)

- **Nacionalidad:** La nacionalidad es un vínculo legal que une a una persona, sea esta natural o jurídica, con un determinado Estado, a su vez, este vínculo implica derechos y obligaciones recíprocas. El autor Leonel Pérez Nieto Castro en su libro “Derecho internacional Privado” incluye definiciones de algunos otros doctrinarios con respecto a este punto de conexión (Nieto, 1981):
 - Weis: Contrato sinalagmático que une e individuo al estado.
 - Bustamante: Vínculo jurídico y político que existe entre la persona y el Estado, como origen y garantía de deberes y derechos recíprocos.
 - Eduardo Trigueros: El atributo que señala a los individuos como integrantes, dentro del estado, del elemento socios denominado pueblo.
 - Hans Kelsen: Es una institución común a todos los órdenes jurídicos nacionales modernos.

El factor de conexión denominado nacionalidad es de suma importancia y juega un papel trascendental dentro del derecho internacional privado, pues, distingue dos clases de sujetos de derecho, estos son los nacionales y los extranjeros, quienes, al establecer relaciones de carácter jurídico, originan problemas de conflictos de leyes, y es ahí cuando interviene la nacionalidad como factor de conexión para solucionar de la mejor manera y en base a la ley dichos inconvenientes.

CAPÍTULO III

TEORÍAS QUE JUSTIFICAN EL REENVÍO

3.1. Defensores del reenvío: Argumentos a favor del reenvío.

3.1.1. Teoría de la remisión integral o referencia máxima.

Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia inglesa en el año 1841 con el caso Collier C. Rivaz; sus principales precursores son los autores Dicey, Keidel y Enneccerus.

Como ya se ha indicado anteriormente, tiene su fundamento es una concepción parcialmente internacionalista, la cual parte de la imposibilidad de encontrar diferencias entre una norma de conflicto y una norma material, por lo tanto, surge el reenvío al momento en que el Juez debe aplicar el derecho extranjero, entendiéndolo a éste como un todo indivisible.

Este Juez llamado a decidir, en primer lugar, observaría la norma de conflicto de su propio ordenamiento jurídico, esta norma lo enviará a analizar un derecho extranjero; una vez que el Juez se encuentre analizando el ordenamiento jurídico extranjero, procederá a aplicarlo como lo haría un Juez de este segundo Estado.

Existen ocasiones en que el Juez del foro, dentro del ordenamiento jurídico extranjero, encuentra una norma de conflicto que remite nuevamente el asunto al primer derecho, creándose de esta manera el denominado “juego de tenis internacional”. Frente a este hecho, los precursores de esta teoría manifiestan que, es el legislador el encargado de parar este juego, cortando el reenvío en el primer grado. (Bergeron, 2019, pág. 34)

Con respecto a lo mencionado en el párrafo anterior, Yaguas Messia dice: *“Lo que no explica satisfactoriamente esta teoría es por qué la remisión integral ha de regir para la ley del juez y no para la ley extranjera. En otras palabras: por qué una vez admitido el reenvío ha de aplicarse tan solo al primer reenvío”*. (Messía, 1944, pág. 229)

3.1.2. Teoría del doble reenvío.

Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia del caso *In re Annesley* de 1926; su principal exponente es Dicey.

Su fundamento guarda una estrecha similitud al de la teoría de la referencia máxima, debiendo el Juez del foro actuar tal cual lo haría el Juez del derecho extranjero.

3.1.3. Teoría de la norma subsidiaria de conflicto.

Su precursor es Lerebours-Pigeonnière. Esta teoría plantea el reenvío basado en la interpretación del derecho internacional privado, mas no en el procedimiento que se da hasta llegar al mismo; en tal sentido, manifiesta que cuando se designa un derecho extranjero para regir una situación jurídica, es el derecho material el que deberá prevalecer.

A su vez, este derecho material engloba sus propias normas de derecho internacional privado, por lo tanto, en palabras de Yaguas Messía, tiene competencia propia para aplicarse.

Es importante indicar que, cuando el derecho internacional privado de un Estado declara que no se debe aplicar su derecho material a la situación jurídica en litis, es necesario designar otro derecho, esto se realizará a través de una norma subsidiaria de conflicto. (Bergeron, 2019, pág. 36)

3.1.4. Teoría de la coordinación de las normas de conflicto.

El autor Batiffol es su principal exponente, y encuentra el fundamento de esta teoría en la coordinación de la norma de conflicto propia con la extranjera, gracias a ello se obtiene un resultado favorable tanto para el ordenamiento jurídico interno, como para el internacional. Beneficia al primero porque se aplica el reenvío de primer grado, por tanto, el Juez aplica su propio derecho y, por otra parte, favorece al ordenamiento internacional porque llega a resolver un conflicto entre soberanías. (Batiffol, 1949, pág. 358)

Es importante señalar que no se aplica el reenvío si es que, con ello, no se beneficia el ordenamiento jurídico interno e internacional.

Además, su precursor no concibe la aplicación del reenvío en temas donde versa la autonomía de la voluntad de las partes, y cuando se aplique la regla locus

3.1.5. Crítica:

Básicamente se podría decir que, varios son los autores que aceptan la teoría de la remisión o reenvío en sus distintos grados; sin embargo, no todos la consideran de manera global o íntegra, es por ello que, los mismos doctrinarios han intervenido solicitando a los legisladores de los distintos Estados, coordinar la creación de un Tratado Internacional que aclare el panorama y que permita su aplicación en los países que lo ratifiquen.

Si bien, existen múltiples tratados, a los que incluso Ecuador se encuentra suscrito, actualmente debido a la globalización y al continuo avance del comercio y de las relaciones internacionales, aparecen nuevos vacíos legales en esta importante y cada vez más recurrida área del derecho.

CAPÍTULO IV

APLICACIONES DEL REENVÍO.

4.1. El reenvío en el estatuto personal.

Para iniciar, es importante mencionar que el concepto como tal de estatuto personal nació en las ciudades del Norte de Italia, a finales de la Edad Media. Doctrinariamente se ha definido al estatuto como el conjunto de normas de derecho que se refieren al estado y a la capacidad de las personas. Para Batiffol, el estatuto personal es el *“conjunto de materias sometidas a la ley que sigue a la persona”*.

Uno de los autores más conocidos dentro del mundo del Derecho Internacional Privado es el abogado francés Alain Pellet, quien en palabras de André Weiss manifiesta: *“Yo me cuento entre los espíritus atrasados que no aciertan a percibir la belleza de esta doctrina del renvoi, inventada por la Administración para asegurar al Fisco una herencia disputada”* (Weiss, 1912, pág. 180).

En tal sentido, este autor parece no estar de acuerdo con la teoría del reenvío, pues indica que es una forma en la que el Estado puede entrar a formar parte de una masa sucesoria de determinada persona; sin embargo, ha surgido una doctrina intermedia propuesta por Weiss, la cual limita la aceptación de la teoría del reenvío únicamente al estatuto personal.

En esta concepción, según Niboyet:

“...la ley nacional es competente: 1ro) Para regir las materias comprendidas en el estatuto personal; y 2do) Para determinar la ley con arreglo a la cual este estatuto personal debe ser regido. Dicha ley nacional puede aplicar a los individuos bien sus propias leyes internas, bien las de su domicilio o las de cualquier otro país. En otro término, el poder soberano nacional es el que tiene la misión de definir en las relaciones internacionales. Su ley no es solamente competente para regir el estatuto personal, sino que es también la ley del poder soberano al cual corresponde el cuidado de elegir la ley aplicable. Además, por delegación y no por abdicación del poder soberano del país del fuero, es como el de

la nacionalidad (que) reglamenta el estado y la capacidad de sus nacionales” (Niboyet, 1960, pág. 332)

Sin embargo, se debe dejar sentado que esta teoría planteada por Niboyet no es aceptada, pues frente a ella, sería necesario legislar indicando que es el estado y la capacidad de una persona se rigen por su ley nacional, pero algunas legislaciones ya han establecido que encuentran su fundamento en la ley de su domicilio, por lo tanto, esta teoría no podría funcionar.

Además, en la actualidad este concepto de estatuto personal se encuentra en crisis, pues existe un nuevo planteamiento con respecto a la noción de persona humana en relación al derecho, y a más de aquello, también ha salido a la luz una nueva perspectiva económica y comercial dentro del mundo entero.

4.2. El reenvío en la jurisprudencia.

Tal como se desprende del capítulo I, Francia fue el primer Estado en introducir a la teoría del reenvío en su jurisprudencia, esto lo realizó con el famoso y conocido “Caso Forgo” en el año 1878. En otros países como Bélgica, el reenvío fue acogido un año después.

Se ha mencionado que existieron casos similares con respecto a problemas sucesorios en años anteriores, sin embargo, estos no llegaron a constituir jurisprudencia perdiendo de esta manera su trascendencia en el mundo jurídico; un claro ejemplo de esto es Alemania, cuya primera aplicación del reenvío fue en torno a un caso relacionado a personas, familia y sucesiones en el año 1861 (no jurisprudencia); mientras que, en Países Bajos, Suiza y Luxemburgo se admitió esta teoría a partir del año 1855. (Cabra, 2012, pág. 256)

Es importante destacar que, el primer Estado de Latino América en acoger la figura del reenvío fue Venezuela en el año 1907. En Norteamérica se admitió el reenvío, pero con dos excepciones.

Mientras que, en el continente Europeo España aceptó la teoría del reenvío mediante una jurisprudencia del Juzgado de Hospitalet (Barcelona) en el año 1900, en donde se aplicó la *lex domicilii* y la *lex rei sitae* a un caso de sucesión de un ciudadano escocés, fallecido en dicha ciudad;

por tanto, se ejecutó la sucesión conforme la *lex fori* catalana. Otro de los países europeos que acepta el reenvío es Inglaterra, e incluso Francia, Estado que ha acogido incluso el reenvío de segundo grado; por otro lado, Italia lo ha rechazado.

Para el autor Goldschmidt, la jurisprudencia inglesa llega a dos principios que tienen que ver con la aplicación del reenvío (Goldschmidt W. , 1970, pág. 137):

- a) Si las partes que intervienen en el litigio con respecto a una relación jurídica, de manera previa han decidido acogerse al derecho de un determinado Estado, o si se aplica la *lex loci actus* o la *lex loci solutionis* por voluntad de ellas.
- b) Se admite el reenvío cuando se trata de la validez formal de un testamento o de un matrimonio, sin que tenga mayor injerencia si éste conduce a la ley del domicilio, o a la *lex situs*, o a la ley nacional de la parte interesada, o a la *lex loci actus*.

4.3. El reenvío en las legislaciones.

En este acápite es necesario iniciar indicando que, la admisión y el acogimiento de varios Estados a esta doctrina del reenvío, se hizo en las conferencias de La Haya entre los años 1910 y 1912. Los mencionados diálogos se realizaron con la finalidad de unificar los efectos que pudiera tener jurídicamente el comercio internacional; más adelante, en el Convenio de Ginebra de 1939 se logró regular las normas con respecto a los conflictos existentes en materia de letras de cambio.

Además, en 1951 tuvo lugar la VII conferencia de Derecho Internacional Privado, a través de la cual se dio a conocer el denominado “Convenio para regular conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio”, mismo que, en su artículo primero estableció: *“Cuando el Estado donde la persona interesada tenga su domicilio prescriba la aplicación de la ley del domicilio, todo Estado contratante aplicará las disposiciones del derecho interno de la ley del domicilio”*. (Convenio para regular conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio, 1955)

Fue en esta misma conferencia en donde se enunciaron los presupuestos y requisitos que se debía cumplir para que tenga lugar el reenvío, de manera previa éstos ya fueron incorporados

en el artículo segundo de la convención de conflicto sobre la letra de cambio de 1939, que relaciona los sistemas de domicilio y nacionalidad.

De manera general se puede decir que la teoría del reenvío es aceptada mediante el proyecto de ley checoslovaco de 1923; el Código Chino a través del artículo 4 lo incorpora a su legislación: Hungría en el artículo 108 de la Ley de Matrimonio Húngara; Palestina mediante el artículo 64 de la Ordenanza de Palestina de 1922; la Ley Yugoslava en su artículo 56 y 159 sobre derecho sucesorio; la Ley Alemana en su artículo 27 de la introducción del Código Civil; el Código Civil suizo en los artículo 28 y 31; y, finalmente el Código rumano de 1939 que lo limita al primer grado en su artículo 24. (Cabra, 2012, pág. 257)

A continuación, con un mayor detalle se encuentran algunos de los Estados cuyas legislaciones aceptan el reenvío (Bergeron, 2019):

- Hungría: A través de la ley húngara de 1894, en materia de validez de matrimonio, se aceptó el reenvío realizado de dos maneras, esto es, de retorno y de envío a una ley de un tercer Estado.
- Suiza: En varios cantones de Suiza se prevé el reenvío en temas relacionados con la capacidad de las personas extranjeras; y el dahir marrouí (únicamente trata temas de derecho internacional privado), en su artículo 9 se acoge al reenvío cuando tenga que ver con el divorcio o separación de personas.
- España: El 31 de mayo de 1974 mediante decreto se aprueba el nuevo título preliminar del Código Civil de este país, en este, constan algunos presupuestos con respecto al reenvío, en tal sentido, indica que la calificación para establecer la norma de conflicto a aplicarse deberá realizarse de acuerdo a la ley española, además, el reenvío que se haga a otro Estado se entenderá realizado únicamente a su ley material; no se podrá aplicar la ley extranjera cuando ésta contravenga el orden público. Autores como José María Álvarez y Perfecto Andrés Ibañez dicen que, en virtud de los mismos presupuestos establecidos por la ley española, este Estado admite el reenvío de primer grado, sin embargo, en el momento en que el Estado al que se le remitió la competencia ordena enviar la misma a un tercer Estado

que no sea el español, la ley ordena que se aplique la ley material del segundo Estado, sin obedecer la posible remisión a un tercer ordenamiento.

- Estados Unidos de Norteamérica: El artículo 7 del Restatement dice:

“Cuando la ley del juez prevé la aplicación de la ley de otro Estado a una determinada relación, la ley extranjera aplicable es la que concierne al caso concreto previsto y no la regla de conflicto de leyes del Estado extranjero, pues el único derecho internacional privado a que se puede recurrir para juzgar el caso es el de la lex fori”. (Restatement of law)

Además, el artículo 8 establece dos excepciones frente a la aplicación del reenvío, esto lo hace en cuanto al derecho real de propiedad y a la validez del divorcio:

“Cuando se trata de un derecho real de propiedad inmobiliaria, se aplica la ley del lugar de la situación, comprendidas las reglas de conflicto”, y 2) “Cuando se trata de la validez de un divorcio, se aplica la ley del domicilio de las partes, comprendidas las reglas de conflicto de este Estado”. (Restatement of law)

Por otra parte, existen países que rechazan y prohíben de manera expresa la aplicación de esta doctrina, siendo estos, el Código Civil italiano en su artículo 30; el Código Civil griego a través del artículo 32; el Código Civil egipcio en su artículo 26 y 27; la Ley Brasileña de 1942 mediante el artículo 16, lo cuales se describen en líneas siguientes:

- Italia: Artículo 30: *“Cuando en los términos de los artículos precedentes se deba aplicar la ley extranjera, se aplicarán las disposiciones de tal ley, sin tener en cuenta el reenvío que haga otra ley”* (Código Civil italiano, 1942). Este artículo implica la negativa de este Estado a acoger el reenvío, haciendo alusión a la aplicación de normas materiales de otros países, dejando fuera sus normas de conflicto.
- Brasil: El artículo 16 de su Código de 1942 tiene un texto similar al italiano, este dice: *“Cuando en virtud de los artículos precedentes deba aplicarse una ley extranjera las*

disposiciones de ésta deben encontrar aplicación sin que se tenga en consideración un reenvío hecho por esta ley a otra”. (Código Civil brasileño, 2003)

- Grecia: La ley greca en su artículo 3 rechaza plenamente la aplicación del reenvío: *“Las normas de derecho internacional privado del Estado extranjero no estarán incluidas en la ley extranjera aplicable”*. (Código Civil greco, 1946)

CAPÍTULO V

RECOPIACIÓN Y ANÁLISIS DE ALGUNAS DE LAS NORMAS DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ECUATORIANO QUE CONSAGRAN LOS CONFLICTOS DE LEYES, Y ENVUELVEN LA APLICACIÓN DEL REENVÍO

5.1. Análisis de la Sección XII denominada “De los conflictos de Leyes” del Código de Comercio.

Es importante iniciar indicando que, después de más de un siglo, finalmente el Código de Comercio ecuatoriano ha sido actualizado, entrando en vigencia el 29 de mayo de 2019.

Dentro de este Código, encontramos a qué personas se les conoce como comerciantes, así como también, qué operaciones son consideradas como mercantiles (que no necesariamente son realizadas por comerciantes); también, este cuerpo normativo regula los contratos mercantiles, sus elementos, características, entre otros importantes factores.

Es menester manifestar que, el nuevo Código de Comercio ecuatoriano, ha incorporado y reglamenta nuevas formas contractuales como lo son el leasing, la franquicia, el corretaje, contratos de suministros, entre otros. Además, incorpora legislación aplicable al comercio electrónico, títulos de crédito, títulos valores, y otras modalidades usadas hoy en día en el comercio.

En fin, este nuevo Código busca adaptarse a la nueva realidad tecnológica, estableciendo incluso que determinados actos puedan realizarse a través de comunicación electrónica entre las partes y terceros.

El nuevo Código de Comercio se encuentra conformado por siete libros: el primero, hace referencia a la actividad mercantil y a los actos de comercio en general; el segundo, a las personas e instrumentos del comercio; el tercero, a los títulos valores y títulos de crédito; el cuarto, a las obligaciones y contratos mercantiles en general; el quinto, a los contratos mercantiles; el sexto,

hace alusión específicamente al contrato de seguro; y finalmente, el libro séptimo regula los contratos de transporte.

El libro que es de nuestro interés, específicamente en esta parte de la tesis, es el libro III denominado “Los instrumentos de comercio: títulos valores y títulos de crédito”, pues incluye una sección llamada “De los conflictos de leyes”, en donde se encuentran tres artículos que hacen referencia a la letra de cambio.

Para iniciar, se debe tener en consideración que la letra de cambio es un título de crédito formal que contiene una promesa incondicional y abstracta de hacer pagar, a su vencimiento u orden, un determinado valor de dinero en un lugar específico, vinculando solidariamente a todas las personas que intervengan en ella.

El Art. 113 del Código de Comercio la define de la siguiente manera: *“La letra de cambio es un título valor de contenido crediticio, por el cual una persona denominada girador, librador o creador ordena a otra, denominada girado o librado, el pago incondicional a un tercero, denominado beneficiario, girador o tenedor, o a favor del propio girador o tenedor, de una suma de dinero en una fecha y en un lugar específicos.”* (Código de Comercio, 2019)

Es por ello que, por sus propias características, cumple una función muy importante dentro de los negocios internacionales, pues tiene un espíritu viajero que le permite recorrer varios países y continuar teniendo el mismo valor crediticio en ella.

Tal es así, que en Ecuador ha surgido la necesidad de regular este aspecto de la letra de cambio, con la finalidad de solucionar conflictos de leyes que pudiesen ocasionarse por su traslado de un lugar a otro, así como la intervención de personas de distintas nacionalidades en ella.

El nuevo Código de Comercio incorpora los siguientes artículos:

“Art. 183.- La capacidad de una persona para obligarse por medio de una letra de cambio se determinará por su ley nacional. Si esta ley declarare competente la ley de otro Estado,

se aplicará esta última. Toda persona incapaz, de acuerdo con la ley indicada en el inciso precedente, quedará, sin embargo, válidamente obligada si se hubiere comprometido en el territorio de un Estado conforme a cuya legislación sería capaz.” (Código de Comercio, 2019)

“Art. 184.- La forma de una obligación contraída en materia de letra de cambio se determinará por las leyes del Estado en cuyo territorio se suscribiere esa obligación.” (Código de Comercio, 2019)

“Art. 185.- La forma y los plazos del protesto, así como la forma de los demás actos necesarios para el ejercicio o la conservación de los derechos en materia de letra de cambio, se determinarán por las leyes del Estado en cuyo territorio deba ser levantado el protesto o realizado el acto.” (Código de Comercio, 2019)

En tal sentido, conforme se mencionó en el capítulo II de esta tesis, estas normas de conflicto regulan tres supuestos o tipos legales que se pueden dar dentro de la letra de cambio, como lo son: la capacidad de obligarse, la forma de la obligación contraída, y finalmente la forma y los plazos del protesto.

Frente a ello se debe indicar que, la norma es clara al hablar con respecto a la capacidad de una persona para obligarse en cuanto a una letra de cambio se refiere. El Art. 1461 del Código Civil ecuatoriano indica que: *“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”* (Código Civil, 2017) También, es necesario citar el Art. 232 del Código Sánchez de Bustamante que dice: *“La capacidad para ejercer el comercio y para intervenir en actos y contratos mercantiles, se regula por la ley personal de cada interesado.”* (Bustamante, 1939)

Un claro ejemplo con respecto a la capacidad es que, en nuestro país, la mayoría de edad se adquiere al cumplir los dieciocho años, consecuentemente, a partir de este momento la persona será capaz de ejecutar actos y celebrar contratos por sí misma y no por interpuesta persona que

actúe en su representación; sin embargo, existen países, como Estados Unidos de Norteamérica, en donde una persona es capaz al cumplir los veinte y un años.

En este contexto, a modo de ejemplo establecemos lo siguiente:

Una persona de 19 años, de nacionalidad estadounidense, domiciliada en Cuenca, en razón de la celebración de uno de sus negocios suscribe una letra de cambio en dicha ciudad, a favor de una persona de nacionalidad ecuatoriana; en vista del no pago por parte del estadounidense, el ecuatoriano pretende plantear una demanda con la finalidad de cobrar el valor determinado en el título de crédito; sin embargo, en ese momento se percata que el girador, bajo las leyes ecuatorianas, es incapaz.

A pesar de ello, el ciudadano ecuatoriano plantea la demanda amparado en el numeral 1), del Art. 10 del Código Orgánico General de Procesos: *“Del lugar donde deba hacerse el pago o cumplirse la obligación respectiva”*. (Código Orgánico General de Procesos, 2018)

El abogado defensor del ciudadano estadounidense, sostiene que su defendido es incapaz ante la ley ecuatoriana, por lo tanto no podía obligarse de manera alguna, consecuencia de ello, no está obligado al pago del valor contenido en el título ejecutivo.

Dentro de este contexto, el Juez del foro se percata que existe un conflicto de normas con respecto a la capacidad del girador de dicha letra de cambio, y envía el problema al Estado del ciudadano estadounidense; sin embargo, Estados Unidos reenvía la solución del problema en virtud del Art. 1 de la Convención de Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, al que se haya suscrito, y dice:

“La capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída.

Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte en esta

Convención cuya ley considerare válida la obligación.” (Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas, 1979)

En este sentido, el Juez del foro acepta el reenvío realizado, y resuelve el caso conforme el punto de conexión denominado “Lugar de cumplimiento”, además, se debe tener en cuenta que, la parte final del Art. 18 y en base a los Art. 36, 37 y 38 del Tratado de Montevideo de 1940 sobre Derecho Civil Internacional (Tratado de Derecho Civil Internacional, 1940); por tanto, la letra de cambio sí es pagadera en Ecuador.

El Art. 184 del Código de Comercio regula la forma de una obligación contraída mediante una letra de cambio, y sostiene que esta deberá ser determinada por las leyes del estado en donde se firmare la misma. En tal sentido, este artículo se refiere específicamente al libramiento, aceptación, endoso y aval.

Conforme se desprende del Art. 2 de la Convención Interamericana de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas -de la cual Ecuador también se encuentra suscrita- todo lo que tenga que ver con la forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto de una letra de cambio, se regulará conforme la ley del lugar en que cada uno de estos actos se realice; debiendo tener en cuenta que, puede ser que la letra de cambio se suscriba en el Estado A, su primer endoso sea efectuado en el Estado B, y un segundo endoso, sea realizado en el Estado C; en el ejemplo dado se encuentran en juego tres legislaciones distintas, por lo tanto, se deberá estudiar y analizar las normas materiales y de conflicto de cada uno de ellos.

Finalmente, el Art. 185 del Código de Comercio, establece que la forma y los plazos del protesto, así como la forma de los actos que sean necesarios para la subsistencia de los derechos que se encuentran contenidos en la cambial, se regirán en base a las normas del Estado en donde dicho protesto o acto deba ser levantado.

Conforme lo indicado, el Art. 6 de la Convención Interamericana de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, dice: “*Los procedimientos y plazos para la aceptación, el pago y el protesto, se someten a la ley del lugar en que dichos actos se realicen o deban*

realizarse.” (Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas, 1979)

A simple vista, este artículo no tiene ninguna complicación en cuanto se refiere a su interpretación y entendimiento; sin embargo, la doctrina considera que falta conocer qué ley es aplicable al conocimiento de si el protesto es necesario, además hay que comentar su idioma, pues, si no es el idioma oficial, debería ir acompañado de una traducción, mas nada se dice al respecto.

5.2. Análisis de la Sección VIII denominada “De los conflictos de leyes” del Código Orgánico Monetario y Financiero.

El Código Orgánico Monetario y Financiero (COMF) entró en vigencia el 12 de septiembre de 2014, y mediante este cuerpo normativo, se regulan y establecen políticas de supervisión, control y rendición de cuentas de todo el sistema financiero nacional, dentro del cual se encuentran los bancos públicos, es decir bancos del Estado ecuatoriano, bancos privados, mutualistas, y, cooperativas de ahorro y crédito; además reglamenta el sistema de seguros privados, en cuanto el ejercicio de sus actividades y la relación con sus usuarios.

Dentro del Título III denominado “Disposiciones afines” del COMF, encontramos el capítulo I que regula todo lo relacionado con los cheques, por ello, el Art. 478 de este cuerpo normativo lo define de la siguiente manera:

“Es un medio de pago escrito mediante el cual una persona llamada girador, con cargo a los depósitos que mantenga en una cuenta de la que es titular en una entidad financiera, ordena a dicha entidad, denominada girado, que pague una determinada cantidad de dinero a otra persona llamada beneficiario. El cheque librado, de acuerdo con lo dispuesto en este Código, tiene valor probatorio.” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2017)

De las normas de conflicto que versan sobre el cheque, se ocupa la Sección 8 denominada “Conflictos de leyes”, en la cual encontramos el siguiente artículo:

“Artículo 514.- Conflicto de leyes. En lo relativo a conflicto de leyes, la ley del Estado en que el cheque debe pagarse, determina:

- 1. El término de presentación;*
- 2. Si puede ser aceptado, cruzado, certificado o confirmado, y los efectos de esas operaciones;*
- 3. Los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza;*
- 4. Los derechos del girador para revocar el cheque u oponerse al pago;*
- 5. La necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el girador u otros obligados; y,*
- 6. Las demás situaciones referentes a las modalidades del cheque.”* (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2017)

En virtud del citado artículo, establecemos un caso a modo de ejemplo con la finalidad de explicar cómo funciona el reenvío en aplicación a esta norma:

Un ciudadano ecuatoriano (domiciliado en Ecuador) por temas relacionados a su trabajo, viaja a Venezuela, finalmente al llegar allí, concreta un importante negocio con un ciudadano venezolano (domiciliado en Caracas), quien realiza el pago por el servicio prestado mediante un cheque viajero del Banco Internacional.

En este sentido, el girador es el ciudadano venezolano (domiciliado en Caracas), el girado es el Banco Internacional, y finalmente el beneficiario es el ciudadano ecuatoriano (domiciliado en Ecuador).

El ciudadano ecuatoriano, con la finalidad de no viajar con dinero, llega a Ecuador y pretende cobrar el cheque; sin embargo, cuando se acerca al Banco Internacional le indican que la cuenta del girador no tiene fondos, por lo tanto, el banco girado protesta el cheque.

Consecuentemente, el ciudadano ecuatoriano, inicia un proceso ejecutivo con la finalidad de cobrar el valor determinado en el cheque; en virtud de ello, el Juez del foro resuelve inhibirse de conocer la causa en razón de lo establecido en el numeral 1 del Art. 10 del Código Orgánico General de Procesos que dice:

“Art. 10.- Competencia concurrente. Además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador:

1. Del lugar donde deba hacerse el pago o cumplirse la obligación respectiva.

(...)” (Código Orgánico General de Procesos, 2018)

El Juez del foro indica que la resolución de este asunto corresponde al Juez del lugar en donde fue emitido el cheque, por lo tanto, envía su resolución a Caracas-Venezuela. Una vez que el Juez de Caracas conoce de la litis, realiza un análisis de las normas en conflicto, teniendo en cuenta que el numeral 2, del Art. 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado de dicho Estado dice:

“Artículo 40. Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial:

(...)

2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio;

(...)” (Ley de Derecho Internacional Privado, 2013)

No obstante, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el Art. 202 manifiesta:

“Los cheques de viajero son expedidos por el librador a su propio cargo, y pagaderos por su establecimiento principal o por las sucursales o los corresponsales que tenga en la República o en el extranjero. Los cheques de viajero pueden ser puestos en circulación por el librador, o por sus sucursales o corresponsales autorizados por él al efecto.” (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito , 1932)

Motivado en este artículo, el Juez de Caracas reenvía la solución del caso al Juez del Foro, quien finalmente, en base a lo manifestado en la Resolución No. JPRM-2022-02014 de la Junta de Política y Regulación Monetario con respecto a la entidad financiera girada, y por tener éste Banco domicilio en Ecuador, decide aceptar a trámite el proceso y decide conforme el Art. 2 de la

Convención de Ginebra del 19 de marzo de 1931, que establece una ley uniforme sobre cheques y dice: “(...) *el cheque es pagadero en el lugar donde el librado tiene su establecimiento principal.*” (Convención de Ginebra, 1931); siendo esta en Ecuador, compete al Juez del foro conocer y resolver el asunto en mención.

5.3. Breve referencia al artículo 1036 del Código Civil: Solución de controversias en el Derecho Internacional Privado referente a la apertura de una sucesión.

El Código Civil ecuatoriano fue realizado tomando como base y fundamento el Código Civil chileno elaborado por Don Andrés Bello, por tanto, tiene varias similitudes con la normativa civil de dicho país, así como de otros países latinoamericanos que se apoyaron también en esta legislación.

Este cuerpo normativo regula las relaciones jurídicas civiles en el territorio ecuatoriano, y cuenta con un título preliminar que contiene disposiciones generales, así como, de cuatro libros: el primero que reglamenta los temas relacionados con las personas; el segundo, los bienes y su dominio; el tercero, la sucesión por causa de muerte; y, finalmente el último libro reglamenta las obligaciones en general y los contratos.

A efectos de esta tesis, es de nuestro interés analizar uno de los artículos que se encuentra en el libro III que reglamenta lo relacionado con el tema sucesorio; en tal sentido, existe un artículo que, dentro de una litis, puede ser considerado como una norma conflictual; esto con respecto a la sucesión de un extranjero con bienes en el territorio nacional, así como, de la sucesión de un ecuatoriano cuyos bienes se hallan en el extranjero.

El Art. 1036 del Código Civil ecuatoriano dice:

“En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los ecuatorianos, a título de herencia, de porción conyugal o de alimentos, los mismos derechos que, según las leyes ecuatorianas, les corresponderían sobre la sucesión intestada de un ecuatoriano. Los ecuatorianos interesados podrán pedir que se les adjudique, en los bienes del extranjero existentes

en el Ecuador, todo lo que les corresponda en la sucesión de dicho extranjero. Esto mismo se aplicará, en caso necesario, a la sucesión de un ecuatoriano que deja bienes en país extranjero.” (Código Civil, 2017)

En este sentido, esta ley es clara al establecer que cuando se trata de una sucesión, sea de un ciudadano ecuatoriano o de un extranjero, en donde se encuentren vinculados de manera directa los derechos de un ecuatoriano, sea esto por: herencia, porción que le corresponde como gananciales del de cuius, o en el caso de alimentos, se deberá proceder conforme las leyes ecuatorianas, incluyendo el acontecimiento de que el causante tenga bienes situados en el territorio nacional o territorio extranjero.

Tal como se ha realizado, a manera de ejemplo, proponemos el siguiente caso:

Un ciudadano ecuatoriano contrae matrimonio con otra ciudadana ecuatoriana, durante la vigencia de la sociedad conyugal, procrearon un hijo llamado Octavio, y de igual manera adquieren varios bienes inmuebles; tiempo después, deciden divorciarse y consecuencia de ello, liquidar la sociedad conyugal. En este contexto, al padre de Octavio le corresponde un bien inmueble ubicado en Cuenca (Ecuador).

Posteriormente, en el año 1996, el ciudadano ecuatoriano decide trasladarse a vivir en Madrid (España), en donde inicia una nueva vida con una ciudadana española, con quien tiene a su segunda hija llamada Sara; este ciudadano ecuatoriano durante el tiempo en que vivió en España adquirió dos bienes inmuebles situados en dicho Estado; lamentablemente, en enero de 2022 fallece sin dejar testamento.

Octavio al enterarse del fallecimiento de su padre, inicia el proceso - en Ecuador- de inventario de bienes sucesorios del de cuius; dentro de este contexto, el abogado patrocinador de Sara sostiene y fundamenta su defensa en el Art. 4 del Reglamento de la Unión Europea 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo del 04 de julio de 2012 (en vigencia a partir del 17 de agosto de 2015), el cual establece lo siguiente:

“Artículo 4.- Los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión.” (Reglamento de la Unión Europea 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2012)

Además, el Art. 22 quáter, literal g) de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, manifiesta:

“Artículo 22 quáter.- En defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes: [...] g) En materia de sucesiones, cuando el causante hubiera tenido su última residencia habitual en España o cuando los bienes se encuentren en España y el causante fuera español en el momento del fallecimiento [...].”

En este sentido, la defensa de Sara sostiene que sería el Juez español, quien tiene competencia para conocer el caso en base a normas materiales de este Estado; ante ello, el Juez del foro envía la resolución del caso al Juez español.

Una vez que el Juez español conoce el caso, el abogado patrocinador de Octavio fundamenta su teoría en el Art. 1036 del Código Civil ecuatoriano (citado en líneas anteriores), conforme el cual, corresponde resolver el caso en virtud de las leyes ecuatorianas, por tanto, el Juez español reenvía el caso al Juez del foro, quien finalmente decide conforme la normativa de nuestro país, aplicando el punto de conexión de la nacionalidad en este caso.

CONCLUSIONES

En base al análisis realizado dentro de esta tesis podemos concluir que el reenvío juega un papel trascendental en la solución de conflictos dentro del derecho internacional privado, tal es así que a través del tiempo esta teoría se ha ido desarrollando en mayor medida dentro de los Estados, incluso creando una normativa específica referente a ella.

El reenvío acontece cuando existe una competencia negativa con respecto las leyes materiales de cada uno de los Estados inmiscuidos en la litis, resultando de esta manera, no solamente, un conflicto de leyes, sino también una evasiva de regular el problema jurídico con la ley de un determinado Estado.

Además, la gran mayoría de doctrinarios coinciden en esbozar sus argumentos a favor del reenvío, sugiriendo regularlos en determinadas materias dentro del derecho, como lo es, en temas derivados del comercio internacional, aspectos sucesorios, entre otros.

La teoría del reenvío ha sido tratada desde el punto de vista del estatuto personal, además, por las distintas legislaciones, emitiéndose incluso codificaciones que específicamente han tratado este tema, como lo es con el caso de Venezuela; mientras tanto, en otros Estados como España, debido a las grandes olas migratorias existentes, se ha desarrollado mucho más esta institución, y en la actualidad existe mucha jurisprudencia al respecto sobretodo dentro del tema sucesorio.

Finalmente, el último capítulo de esta tesis hace hincapié en algunas normas que se encuentran dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que si bien, al suscitarse un conflicto de leyes a simple vista solucionarían el problema del reenvío, no dejan de existir varios aspectos que no han sido considerados e incluso que no resultan de fácil interpretación al momento de suscitarse un conflicto de leyes; por ejemplo, en el ámbito sucesorio no existen leyes materiales ni convenios internacionales que nos expliquen cómo proceder ante un testamento ológrafo.

Este es un claro ejemplo que puede darse dentro de nuestro país, pues, actualmente existen un sin número de migrantes estadounidenses que han hecho de Ecuador su hogar y el lugar para pasar sus últimos días.

Este tipo de problemas podrían colapsar nuestro sistema de justicia, llevando a los jueces a no poder dictar resoluciones que sean de posible ejecución.

En virtud de lo expuesto, sería interesante que la Asamblea ecuatoriana, en base a un análisis de los índices migratorios existentes dentro de nuestro país, así como del aumento de las relaciones comerciales entre ciudadanos ecuatorianos y extranjeros, trabajen en la elaboración de una ley que regule y abarque todos aquellos problemas que puedan suscitarse con respecto a la institución del reenvío.

BIBLIOGRAFÍA

- Batiffol, H. (1949). *Traité élémentaire de droit international privé* (2da ed.). París: Pichon et R. Durand-Auzias.
- Belardo, R. S. (2012). La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión. Montevideo. Obtenido de file:///C:/Users/CAMILARC/Downloads/37-Texto%20del%20art%C3%ADculo-122-1-10-20131214%20(3).pdf
- Bergeron, C. (2019). El reenvío en el Derecho Internacional Privado contemporáneo. Caracas. Obtenido de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/AMDIPC/1/AMDIPC_2019_1_17-165.pdf
- Biocca, S. M. (1966). *Teoría del reenvío*. Buenos Aires: Talleres de Garffing Service.
- Bustamante, S. d. (1939). *Derecho Internacional Privado*. La Habana: Editorial Carasa y Cía.
- Cabra, M. G. (2012). *Tratado de derecho internacional privado*. Bogotá: Editorial Temis Obras Jurídicas.
- Código Civil*. (2017). Quito: Librería Cervantes CIA. LTDA.
- Código Civil brasileño*. (2003).
- Código Civil de la República Argentina*. (1871). Buenos Aires.
- Código Civil Francés*. (1804). Francia.
- Código Civil greco*. (1946).
- Código Civil italiano*. (1942).
- Código de Comercio*. (2019). Quito: Comisión de Codificación de la Asamblea Nacional.
- Código Orgánico General de Procesos*. (2018). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Monetario y Financiero*. (2017). Quito: Ediciones Legales.
- Convención de Ginebra*. (1931).

Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas. (1979). México.

Convenio para regular conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio. (1955). La Haya.

García, H. C. (2004). *Derecho internacional privado*. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera.

Goldschmidt, W. (1952). *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado* (2da ed.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Goldschmidt, W. (1970). *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: El Derecho.

Goldschmidt, W. (1970). *Derecho internacional privado* . Buenos Aires: El Derecho.

Ley de Derecho Internacional Privado. (2013). Caracas.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito . (1932). Caracas.

Messía, J. d. (1944). *Derecho internacional privado*. Madrid: Edit. Reus.

Navarrete, J. (1969). *El reenvío en el Derecho internacional privado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Navarro, M. A. (1982). *Derecho internacional privado*. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad de Madrid. Sección de Publicaciones.

Niboyet, J.-P. (1960). *Principios de derecho internacional privado*. México: Editora Nacional.

Nieto, L. P. (1981). *Derecho Internacional Privado*. México: Editorial Hara.

Pardo, A. J. (1976). *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

Reglamento de la Unión Europea 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo. (2012).

Restatement of law. (s.f.). Estados Unidos.

Tratado de Derecho Civil Internacional. (1940). Montevideo: Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay.

Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional. (1940). Montevideo: Ministerio de Relaciones Exteriores del Uruguay.

UNAM, I. d. (s.f.). *Derecho Internacional Privado*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3261/6.pdf>

Weiss, A. (1912). *Manual de derecho internacional privado* (5ta ed., Vol. II). París: Librairie de la Société de Recueil Général des Lois et Arrêts.

Zuccherino, R. (1976). *Derecho internacional privado*. La Plata: Edit. Lex.