

VALIDEZ DE LOS CONVENIOS SOBRE FUERO DEL CONTRATO Y APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA A LOS CONVENIOS CELEBRADOS EN EL BRASIL

Planteamiento

1. En los contratos internacionales firmados en el Brasil, surgen dudas, muchas veces, acerca de la validez de las cláusulas que consideran competente determinado fuero para conocer de todos los litigios derivados del convenio, o de aquellas que reglamentan el contrato, y sus efectos, por la ley extranjera del domicilio o nacionalidad de una de las partes contratantes.

2. Los dos problemas, aunque materialmente conexos, son distintos; en tanto que la cláusula electiva de fuero implica la concesión de una competencia contractual a la justicia de determinada ciudad o de cierto país, la elección de ley extranjera para regular las consecuencias jurídicas del contrato, se funda en el privilegio de la autonomía de la voluntad y establece el régimen jurídico sustantivo aplicable a la relación jurídica.

3. La primera cuestión es puramente procesal y se presenta tanto en el plano nacional como en el internacional. La segunda es típicamente de Derecho internacional privado.

I. El fuero contractual en la legislación brasileña

4. El silencio del Código del Proceso Civil sobre el fuero del contrato: es decir, sobre la competencia judicial derivada de cláusula contractual, creó la duda que, por algunos años, dominó a la jurisprudencia y la doctrina sobre el particular.

5. Es preciso, sin embargo, señalar que el Código civil se refiere, en su artículo 42, a la posibilidad que se garantiza a los contratantes de: "Especificar el domicilio en que se ejerciten o cumplan los derechos y obligaciones resultantes de ellos" (Art. 42, del Código Civil).

El mismo Código, en su artículo 846, único, establece que:

"El acreedor, además de su domicilio real, podrá designar otro en el que también pueda ser citado."

6. Por consiguiente, como la omisión del Código del Proceso Civil se refiere sólo al domicilio especial, no debe ser entendida como revocación tácita del texto del Código civil, tanto más cuanto que el domicilio es materia de derecho sustantivo.

No existe revocación tácita cuando la ley posterior no se ocupa de la materia regulada por la ley anterior. No abrogando, pues, la misma, conclúyese, por el contrario, que continúan en vigor las disposiciones ya existentes, o sea, en el caso, las del Código civil.

7. Es cierto que las dos nociones de domicilio especial y de fuero del contrato no se identifican. El domicilio especial es el fijado para la realización o el cumplimiento de determinada prestación voluntaria. El fuero del contrato es la atribución a una autoridad judicial de determinado lugar, de la competencia para juzgar litigios que puedan surgir entre las partes, en virtud de la interpretación o ejecución de un contrato, suponiendo una prorrogación de competencia *ratione loci*.

8. En realidad, sin embargo, la posibilidad de elegir un lugar para ejecutar el contrato supone e implica, asimismo, la facultad de permitir que la prestación pueda ser judicialmente exigida en el referido lugar, constituyendo así el fuero del contrato una especie de corolario del domicilio especial.

9. La interpretación sistemática del Código del Proceso Civil nos lleva a idéntica conclusión, ya que admite la prórroga de competencia *ratione loci* en virtud de la omisión del demandado que no haya, en tiempo oportuno, presentado excepción de incompetencia. No se encuentra fundamento para que la prorrogación admitida en virtud del silencio y de la omisión de la parte (Art. 148 del Código del Proceso Civil) no pueda también derivarse de declaración de voluntad expresa de las partes.

10. Por otro lado, dos textos legislativos posteriores al Código del Proceso Civil se refirieron expresamente al domicilio especial y al fuero del

contrato, aclarando así el pensamiento del legislador que admitió explícitamente la validez de tales cláusulas.

11. Aprobado el Código del Proceso Civil por el Decreto-Ley No. 1608, de 18 de octubre de 1939, el Decreto No. 4.857, de 9 de noviembre de 1939, relativo a la ejecución de los servicios concernientes a los Registros públicos, al especificar, en el artículo 259, los requisitos necesarios para la inscripción de contratos en el Registro Inmobiliario, autorizó en el § 1º la designación por el acreedor de domicilio especial, además del domicilio real, permitiéndose su citación o notificación en el lugar convencionalmente indicado.

Trátase, evidentemente, de verdadera cláusula estableciendo el fuero del contrato, que el legislador consideró, así, válida, pues admitió la fijación convencional del lugar en que el demandado podría ser citado.

12. Posteriormente, el Decreto-Ley No. 4.597, de 19 de agosto de 1942, que da disposiciones sobre la prescripción de las acciones contra la hacienda pública, admitió expresamente la validez del fuero del contrato, incluso en relación con las personas jurídicas de Derecho público, lo que implica, *a fortiori*, la validez de la cláusula en las relaciones privadas.

Efectivamente el artículo 1o. del Decreto-Ley citado establece:

“Salvo el caso de fuero del contrato, compete a la justicia de cada Estado y a la del Distrito Federal, conocer y juzgar las causas en que estuviera interesado, como actor o demandado, coadyuvante u oponente, respectivamente, el propio Estado y sus municipios, y el Distrito Federal.”

II. *Evolución jurisprudencial*

13. Poco a poco la jurisprudencia evolucionó en el sentido de admitir ampliamente la validez del fuero contractual, sea en virtud de la interpretación sistemática del artículo 133, 1, del Código del Proceso Civil, en combinación con los artículos 42 y 846 del Código civil, sea en virtud de la referencia explícita del Decreto-Ley No. 4.597, de 1942, al fuero del contrato.

14. Si durante algún tiempo y especialmente en ciertos tribunales, como el de São Paulo, se entendió que no debía prevalecer la convención entre las partes eligiendo determinado fuero, es preciso reconocer que la ten-

dencia actual es en el sentido de la admisión amplia de tal cláusula, siempre que exista cualquier relación entre el fuero escogido y uno de los contratantes.

15. La jurisprudencia local del Tribunal de Justicia del Estado de Guanabara, es en el sentido de la validez del fuero del contrato, explicando que: “No admite duda que la ley adjetiva civil acepta el fuero contractual” (Apelación No. 7,606, resuelta por la 1a. Sala civil el 10 de octubre de 1956, siendo ponente el magistrado Nelson Ribeiro Alves, *in*: “Revista Forense”, vol. 172, p. 300).

16. No discrepa la jurisprudencia paulista, asentando el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo la siguiente jurisprudencia:

“El fuero contractual, en contra de lo que entienden los recurrentes, no está prohibido por la ley procesal vigente. La jurisprudencia imperante ha admitido su subsistencia, como demostró la decisión recurrida (Cf. “Arquivo Judiciario”, vols. 113/74, 95/235, 101/426; “Direito”, vol. 72/271; “Paraná Judiciario”, vol. 55/382; “Revista dos Tribunais”, vols. 186/800, 188/315) (Recurso de Agravios No. 86.420 resuelto el 4 de marzo de 1958 por la Segunda Sala Civil del Tribunal de Justicia de São Paulo, actuando como ponente el magistrado Dimas de Almeida, *in*: “Revista dos Tribunais”, vol. 275, p. 461).

17. El Tribunal Federal de Recursos, a su vez, en reiterados pronunciamientos afirma que:

“El fuero competente para demandar al portador es el *del contrato* o el de su domicilio” (Sentencia de la 2a. Sección del Tribunal Federal de Recursos, en apelación No. 1,589, siendo ponente el Ministro Henrique D’Avila, *in*: “Revista Forense”, vol. 146, p. 218).

18. En cuanto al Tribunal Supremo Federal, sentó su posición desde 1951 en el sentido de admitir la validez del fuero de elección, como se comprueba por los resúmenes de las siguientes decisiones:

“El fuero elegido en el conocimiento de transporte marítimo es obligatorio, tanto para los contratantes como para el asegurador” (R. extraordinario No. 19.164 resuelto el 13 de agosto de 1951, por sentencia unánime de la primera Sección, siendo ponente el Ministro Barros Barreto, *in*, “Revista Forense” vol. 141, p. 216 y Recurso extraordinario

No. 18.351, resuelto por mayoría por la 2a. Sección el 24 de abril de 1951, siendo ponente el Ministro Afranio Costa, *in*, "Revista Forense", vol. 13, p. 423).

"*Fuero del contrato*. Régimen del Código de Procedimientos civiles. Subsistencia. Existencia de ley posterior de carácter procesal que hace expresa alusión a él" (Recurso extraordinario No. 15.312, resuelto por sentencia unánime de la 1a. Sección del Tribunal Supremo Federal el 23.4.1953, siendo ponente el Ministro Luis Gallotti, *in*, "Revista dos Tribunais", vol. 252, p. 593, *in fine*).

"El Código de Procedimientos Civiles no vedó a las partes la elección del *forum destinatae solutionis*" (Sentencia en el Recurso extraordinario No. 34.791, resuelto por unanimidad por la primera Sección el 8 de agosto de 1957, siendo ponente el Ministro Ary Franco, *in*, "Revista Trimestral de Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal", vol. 3, 1957, p. 137).

19. La última sentencia a que nos referimos fija las posiciones asumidas por los tribunales, mostrando cómo el Supremo afirmó definitivamente —y tal vez irreversiblemente— su juicio favorable a la validez del fuero del contrato, no esperando, pues, el problema mayores controversias jurisprudenciales.

20. Después de las decisiones del Tribunal Supremo Federal, establecidas en términos generales, dos cuestiones fueron suscitadas respecto a la validez del fuero del contrato en casos especiales.

21. La primera provino de la aplicación del artículo 136 del Código del Proceso Civil, que considera competentes en las acciones inmobiliarias el fuero de la situación del inmueble, y de la posibilidad de conflictos entre fuero elegido y fuero "*rei sitae*".

En la jurisprudencia paulista encontramos resoluciones divergentes sobre este particular, entendiéndolo una de ellas que: "El fuero de elección no puede prevalecer sobre el fuero *rei sitae*" (Sentencia de 26 de noviembre de 1957, *in*: "Revista dos Tribunais", vol. 271, p. 423).

En cambio, para otra sentencia, por el contrario: "El fuero de elección previsto en el contrato debe prevalecer incluso sobre el de la situación del inmueble" (Sentencia de 15 de septiembre de 1958, *in*: "Revista dos Tribunais", vol. 281, p. 237).

La cuestión no ofrece todavía solución pacífica definitiva en la jurisprudencia brasileña.

22. Por otro lado, decisiones recientes del Tribunal Supremo Federal, preocupadas por asegurar la libertad de las partes contratantes, han invalidado la cláusula de elección de fuero en los contratos de adhesión, especialmente en materia de transporte, fundandose las decisiones, ora en la ambigüedad de las cláusulas, ora en la protección de la autonomía de la voluntad y, algunas veces, en la ausencia de vinculación entre la relación contractual y el fuero elegido para dirimir los conflictos.

Afirmó así el Tribunal Supremo, que:

“La renuncia al fuero del domicilio en favor del fuero contractual debe ser clara, exenta de cualquier duda, de modo que en forma explícita aparezca que las partes han consentido en él, libres de toda coacción”.

“En los contratos de adhesión, las cláusulas dudosas deben ser interpretadas a favor del adherente” (Recurso extraordinario N^o 18.122, resuelto el 14 de julio de 1952 por voto de desempate del Presidente, siendo ponente el Ministro Mario Guimarães, *in*: “Revista Forense”, vol. 164, p. 151).

“El fuero legal puede ceder al que fue libremente elegido por las partes.

La elección supone un verdadero e inequívoco acuerdo de voluntades, lo que no acontece en el contrato de adhesión” (Recurso extraordinario N^o 34.606, resuelto por unanimidad por la 1^a Sección el 5 de diciembre de 1957, siendo ponente el Ministro Luis Gallotti, *in*: “Revista Forense”, vol. 177, p. 169).

23. Compruébase, pues, que el Tribunal Supremo Federal admite la validez de la cláusula siempre que sea libre y conscientemente consentida, o sea, excluyendo sus efectos en los contratos de adhesión.

24. En el Tribunal del Estado de Guanabara una reciente sentencia hace distinción entre la validez de la cláusula que atribuye competencia a determinado tribunal y la licitud de la renuncia de las partes a pleitear sus derechos ante los tribunales brasileños. Entendió la sentencia, por decisión mayoritaria, que, aunque válida la cláusula de elección de fuero, no significaba ella que las partes no pudiesen discutir la cuestión ante los tribunales brasileños —materia de orden público— sino que tan sólo autorizaba al actor a intentar el proceso ante el fuero escogido, sin perjuicio de la competencia concurrente de los tribunales brasileños conforme a la ley.

25. Tal decisión fue adoptada recientemente (10,I.1962), por mayoría de votos, por el Grupo 4º de Salas civiles en el recurso de Revisión Nº 2.025 y recogió el parecer del Ministerio Público que, a su vez, se inspiraba en la doctrina italiana y en particular en Chiovenda, adoptando la siguiente posición.

“En los casos de jurisdicción *exclusiva* del Estado brasileño es inoperante cualquier pacto. *En los casos de jurisdicción concurrente, el pacto tendrá valor, pero no como renuncia al fuero brasileño, sino solamente como acto voluntario atributivo de competencia al juez extranjero, sin impedir, por consiguiente, que la acción pueda ser entablada en el Brasil* (“Revista de jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Estado de Guanabara”, 1962, Nº 2, p. 27).

26. En síntesis, la posición actual de la jurisprudencia brasileña es clara y pacífica en el sentido de admitir la validez del fuero del contrato, señalándose restricciones en la hipótesis de referirse el proceso a inmueble situado en el Brasil, o a la interpretación y ejecución de un contrato de adhesión.

27. Las consecuencias de la licitud del fuero del contrato son aceptadas en términos amplios, incluyendo la renuncia al fuero competente de acuerdo con la ley brasileña, pero algunas veces las sentencias prefieren restringir tales efectos para considerar competente el fuero elegido, sin perjuicio de que la parte interesada pueda intentar la acción en el competente según la ley brasileña, interpretando así el fuero de elección como la creación de competencia contractual, concurrente con la competencia *ex vi legis*.

III. *El fuero contractual ante la doctrina*

28. En la doctrina brasileña la tendencia dominante es en el sentido de su admisión, tanto entre los procesalistas como entre los internacionalistas.

29. Si los primeros comentaristas del Código del Proceso Civil, como Pedro Batista Martins y Pontes de Miranda, condenan el *pactum de foro prorogando*, el acuerdo se realiza entre los autores de libros más recientes en el sentido de admitir ampliamente la validez de la cláusula de elección de fuero.

30. José Frederico Marques en su actualización de la obra de Pedro Batista Martins (*Comentarios ao Código de Processo Civil*, 2ª ed. "Forense", 1960, p. 150) admite participar de la opinión prevaleciente de que "todavía existe entre nosotros el llamado *pactum de foro prorogando* o fuero del contrato", afirmando que tal es la orientación adoptada por los tribunales brasileños, salvo en lo tocante al asegurador, que no estaría vinculado por el pacto.

Con la consideración debida, preferimos interpretar de manera diferente la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, pues no concebimos que alguien pueda transmitir a otro, derecho ajeno, mayor o diferente del que le pertenece. La situación del asegurador, como subrogado en los derechos del asegurado, es idéntica a la de éste.

Interpretación más lógica y que explica mejor la corriente jurisprudencial contraria a la admisión de la cláusula en los contratos de transporte, es aquella que puede encontrarse en las decisiones del supremo tribunal, de acuerdo con la cual el hecho de que el contrato sea de adhesión implica la falta de una aceptación libre y consciente del pacto, razón por la cual no debe prevalecer la cláusula de fuero de elección.

31. A favor de la validez del fuero del contrato se manifiestan: Oromzimbo Nonato ("Revista Forense", vol. 87, p. 517); J. M. de Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 5ª ed., vol. 1); Jorge Americano (*Comentarios ao Código de Processo Civil Brasileiro*, "Saraiva", S. Paulo, vol. 1, p. 89, Nº 258); José Da Silva Pacheco (*Foro contratual*, in: *Repertorio Enciclopédico del Direito Brasileiro*, vol. 23, p. 114) y José Frederico Marques en su trabajo sistemático: *Instituições de Direito Processual Civil* ("Forense", Rio, vol. 1, de la 2ª ed., 1962, p. 442 y ss.)

32. Para los internacionalistas, el artículo 12 de la Ley de Introducción al *Código Civil*, que considera competente a la autoridad judicial brasileña cuando el demandado está domiciliado en el Brasil o en él haya de ser cumplida la obligación, es de naturaleza supletoria, pudiéndose eludir su aplicación por voluntad de las partes.

Siendo así, sólo existe competencia obligatoria y de orden público de la justicia brasileña, en la hipótesis de que la acción se refiera a inmuebles situados en el Brasil (*Lex rei sitae*), de acuerdo con el § 1º del artículo 12.

33. A este respecto Eduardo Espínola y Eduardo Espínola Filho explican que:

“El empleo del adverbio siempre, en el caso de las acciones relativas a inmuebles situados en el Brasil, induce a creer que *la sumisión voluntaria de las partes a un tribunal extranjero es posible en las acciones de otra naturaleza, bajo el punto de vista de nuestra ley*, desde el momento en que una de las partes esté domiciliada en el país en donde se intenta la acción”.

(*A Lei de Introdução ao Código Civil comentada*, Freitas Bastos, 1944, vol. 3º, p. 287 y ss.)

34. Idéntica afirmación hace Serpa Lopes (*Comentarios à Lei de Introdução ao Código Civil*, Freitas Bastos, 2ª ed. 1959, vol. III, p. 109), fundado en Filadelfo Azevedo (*Um triênio de Judicatura*, nota Nº 52, vol. 1, p. 141, Max Limonad Editor) y acompañado por Oscar Tenorio, que excluye la competencia del fuero del contrato en las acciones de estado y en los procesos relativos a inmuebles situados en el Brasil (Oscar Tenorio, *Direito Internacional Privado*, 1957, Freitas Bastos, Río, p. 439 y ss.)

35. En brillante síntesis del pensamiento de los internacionalistas brasileños, Amilcar de Castro afirma que:

“Actualmente, sin embargo, el artículo 12 § 1º de la Ley de Introducción al Código Civil sólo mantiene como improrrogable la competencia de la justicia brasileña para “conocer de las acciones relativas a inmuebles situados en el Brasil” y ante este nuevo texto *se ha considerado admisible el ‘forum prorogate jurisdictionis’ en todas las hipótesis, excepto la del ‘forum rei sitae’, atinente a inmueble situado en Brasil*” (Amilcar de Castro: *Direito internacional privado*, Editora Revista Forense, Río, 1956, 2º vol. p. 256).

36. En conclusión, tanto la letra expresa de la ley, como la jurisprudencia y la doctrina, admiten la validez de la cláusula de elección de fuero, cuando *el proceso no se refiera a derechos sobre inmuebles situados en el Brasil, tenga contenido patrimonial* (excluidas así las acciones de estado) y *no derive de un contrato de adhesión*.

IV. Regulación del contrato por la ley extranjera

37. El Derecho internacional privado brasileño ordena que los contratos se rigen por la ley del lugar en que fueran celebrados, entendiendo el artículo 9 de la Ley de Introducción, que se reputa como sede del contrato el lugar de residencia del proponente.

38. Por consiguiente, desde el momento en que en un contrato de naturaleza internacional se aclare debidamente donde fue hecha la propuesta, las partes pueden someter al contrato a la ley del lugar en que la misma fue presentada.

39. Existe, pues, una libertad, de hecho, de las partes para realizar el contrato en el lugar de su preferencia, sometiendo sus cláusulas a la ley más benévola o eficaz para asegurar la defensa de sus intereses, dejando a salvo los principios del orden público brasileño, en la hipótesis de que los tribunales del país tuvieran que aplicar directa o indirectamente la ley extranjera en relación al contrato.

40. Celebrado el contrato en el Brasil o hecha su propuesta en territorio brasileño, las obligaciones derivadas del mismo están sujetas a la ley brasileña, en las materias en que ésta es imperativa, y a la voluntad de las partes, si la ley brasileña fuera supletoria, o dentro de los límites en que ella no fuere imperativa.

41. Cuando la ley brasileña fuere supletoria, nada impide que las partes, pudiendo decidir la materia de acuerdo con su libre arbitrio, recurran al criterio establecido por una ley extranjera, pues la libertad contractual admite la solución de los problemas y litigios de acuerdo con el criterio fijado por las partes, que puede ser el adoptado por una ley extranjera.

42. Si en el fuero brasileño, el juez, en la apreciación de un contrato internacional, tuviera que aplicar la ley extranjera en virtud de cláusula contractual, la aplicará en cuanto no sea contraria a las normas internas de orden público.

43. Si, por el contrario, la materia quedara a juicio de la justicia extranjera, por ser competente el fuero de otro país, la decisión también podrá ser homologada en el Brasil, respetando nuestros principios de orden público internacional, que son menos rígidos que los del orden público interno, admitiéndose muchas veces el reconocimiento de sentencias extranjeras que el juez brasileño no se consideraría facultado a dictar ante los principios jurídicos vigentes en el Brasil.

44. Siendo así, no hay duda en cuanto a la posibilidad de regular el contrato celebrado en el Brasil por leyes extranjeras, en el campo en que el derecho brasileño sea supletorio, siendo nula e ineficaz, en cambio, tal

cláusula, siempre que la ley brasileña reguladora de la materia, fuere de orden público.

45. En el campo de la ley aplicable al contrato, las partes no escogen el derecho, pero sí el lugar de realización del convenio sujetando el acto, por inferencia, a la ley vigente en el referido lugar (V. Amilcar de Castro, *ob. cit.*, vol 2. p. 174).

46. El acuerdo de la doctrina brasileña es claro y pacífico en la materia, permitiéndolo el desplazamiento de las normas supletorias del derecho brasileño y su substitución, en virtud de declaración de voluntad de las partes, por normas de derecho extranjero, creándose así “un régimen contractual, cuya eficacia prevalece, dejando a salvo el orden público” (Espínola y Espínola Filho, *ob. cit.*, vol. 2º, p. 201).

47. La regulación por la ley extranjera de un contrato celebrado en el Brasil es, pues, admisible en las materias en que el derecho brasileño no sea cogente o imperativo, ya que la norma brasileña de orden público jamás puede ser desplazada por voluntad de las partes, de acuerdo con su propia definición, y la elección de un régimen legal diferente sólo es válida en cuanto no afecte los principios básicos de nuestro orden legislativo, considerados como de orden público.

Arnold WALD

Trad. Javier ELOLA