

QUINTA JURISDICCIÓN

Elizabeth Freidenberg *

La denominada “Quinta jurisdicción” fue instaurada por la Convención de Montreal de 1999.

Dicho nombre le fue asignado en razón que la Convención de Varsovia de 1929 en su Art. 28 (modificada por el Protocolo de la Haya y Protocolos de Montreal) sólo permitía al actor interponer su acción en los siguientes fueros:

- 1) Domicilio del transportador;
- 2) Sede principal de explotación;
- 3) Lugar donde el transportador posea un establecimiento por cuyo intermedio se hubiera celebrado el contrato;
- 4) Lugar de destino impreso en el contrato de transporte internacional.

La Convención de Montreal del 1999 ha dado a los pasajeros la posibilidad de acceder a un quinto fuero a su elección donde podrán demandar a la compañía transportadora: los tribunales del lugar donde el pasajero tiene su residencia principal. La incorporación de este “quinto fuero” fue el asunto más discutido en las reuniones previas a la firma de la Convención. Fue Estados Unidos quien propuso su inclusión (y la considero como requisito sine qua non para formar parte de la Convención, plasmada en el papel de trabajo presentado por sus delegados) y su postura fue apoyada por la I.A.T.A., Brasil, Japón y Colombia. En cambio, los países europeos – entre ellos principalmente Francia – estuvieron en contra de la incorporación de este quinto fuero. En la misma postura se enrolaron los países árabes y la India.

Para fundar su postura Estados Unidos sostuvo que la incorporación de este fuero: a) daba a los pasajeros/reclamantes una imparcialidad fundamental, la cual es concordante con el derecho internacional y los principios de jurisdicción de los otros cuatro fueros instaurados por Varsovia, b) Porque concuerda con los principios de derecho interno de la mayoría de los Estados en donde se permite que el actor demande en el lugar de su residencia, c) porque desalienta la aplicación del “forum shopping” (foro de conveniencia) permitiendo el acceso a la corte donde la persona reside y d) porque es injusto que los

actores deban soportar el trámite de un juicio en un país que le resulta totalmente extraño, que no tiene ninguna relación con su vida, con sus conocimientos, etc.

Por la otra parte, Francia, para fundar su oposición a la incorporación de este quinto fuero sostuvo que: a) la creación de este quinto fuero no implicaba necesariamente “protección” para los pasajeros/reclamantes, puesto que la existencia de otros cuatro foros alternativos resulta ser satisfactoria, b) la creación del mismo aumenta el precio de los tickets y de las primas cobradas por las compañías de seguros, mientras que uno de los objetivos primordiales de la OACI es promover la participación y el desenvolvimiento del transporte aéreo internacional y bajar los costos, c) la noción “quinta jurisdicción” resulta ser una nueva categoría en la legislación internacional y una expresión vaga y amplia en su aplicación y d) la quinta jurisdicción no tiene relación con las leyes aéreas y sus características especiales y que en lugar de favorecer a la internacionalización de la ley favorece a su fragmentación, e) la combinación de la quinta jurisdicción con el aumento del monto de los límites de responsabilidad traerá aparejado un aumento del riesgo para las aerolíneas y f) en realidad la incorporación de la quinta jurisdicción solo beneficiaría a los residentes de Estados Unidos puesto que sus tribunales suelen otorgar indemnizaciones más elevadas que los tribunales de otros Estados.

Respecto de esta última observación, Estados Unidos puntualizó¹ que en realidad para aquellas aerolíneas que operan vuelos desde o hacia los Estados Unidos tienen un centro de negocios allí establecido, la inclusión de la quinta jurisdicción no implicará un aumento de demandas que puedan ser interpuestas en Estados Unidos, respecto de aquellas que ya eran interpuestas antes de la creación del quinto fuero.

En el mismo sentido el delegado de Arabia Saudita expresó que los cuatro fueros existentes en el Sistema Varsovia ya eran suficientes para proteger los intereses tanto de los pasajeros como de las líneas aéreas. El expandir la jurisdicción hacia un quinto foro complicaría y no facilitaría los procedimientos legales a los pasajeros y aerolíneas. Los delegados de Lesoto, Cameron y Gabon apoyaron la posición de Francia y los países árabes y sostuvieron que la inclusión de la quinta jurisdicción solo debilitaría el consenso para firmar y ratificar la Convención. El delegado de Corea también sostuvo que los otros cuatro foros ya resultaban ser una protección suficiente para pasajeros y líneas aéreas.

* Membro correspondente da SBDA.

¹ Ver comentario efectuado el día 24.04.1997 en la 30ª sesión del comité.

Asimismo muchas pequeñas y medianas aerolíneas consideraron desfavorable la inclusión de este quinto fuero, especialmente en aquellos países en vías de desarrollo.

Para que una persona pueda invocar la quinta jurisdicción son necesarios ciertos requisitos (Art. 33 Convención de Montreal):

- En primer lugar – y como en todos los casos – la acción debe intentarse en el territorio de un estado parte del tratado.

- Asimismo este quinto fuero o quinta jurisdicción solo esta autorizado en caso de acciones por muerte o lesiones del pasajero, más no en otro tipo de acciones en las cuales solo continúan vigentes los cuatro fueros establecidos en el sistema de Varsovia.

- El pasajero debe tener su residencia principal y permanente – concepto sobre el cual volveremos más adelante – en el momento del accidente.

- Asimismo para poder demandar a la línea aérea en los tribunales donde se encuentra la residencia habitual y permanente es necesario que:

· El transportista demandado explote servicios de transporte aéreo internacional con sus propias aeronaves o con las de otro transportista mediante un acuerdo comercial desde y hacia el lugar donde el pasajero tiene su residencia habitual y permanente.

· El transportista realice actividades de transporte aéreo de pasajeros ya sea desde locales arrendados o de su propiedad o de otro transportista con el cual tenga un acuerdo comercial.

Estos dos últimos requisitos tienen por finalidad que la línea aérea demandada tenga “presencia” en el país en donde se encuentre el tribunal elegido por el actor.

Si bien el texto de la Convención “aclara” algunos conceptos, la redacción de este artículo ha dado lugar a varios debates e interpretaciones.

Primariamente cabe señalar que la Convención establece que el “acuerdo comercial” al cual hace referencia no es un contrato de agencia, sino un contrato efectuado entre distintos transportistas y relativo a la provisión de servicios conjuntos de transporte aéreo de pasajeros.

Respecto a este concepto cabe señalar que la idea de los redactores de la Convención fue evitar incluir algún término que resulte ser obsoleto con el paso de los años. Por este motivo es que se incluyó en el texto de la convención un término amplio que pueda incluir cualquier acuerdo que puedan a llegar a firmar las aerolíneas desde la fecha hasta muchos años después.

Asimismo el citado Art. 33 establece que “residencia principal y permanente” significa la morada fija y perma-

nente del pasajero en el momento del accidente. Señala además que en nada influye la nacionalidad del pasajero. El delegado de Estados Unidos sostuvo en las reuniones previas a la firma del convenio que por residencia principal y permanente debería entenderse aquel lugar en donde el pasajero tuviera su familia, su negocio, etc.

Es importante tener en cuenta que la razón por la cual la Convención del 1999 establece varios requisitos para la procedencia de esta quinta jurisdicción y la circunscribe solo a los casos de acciones por muerte o lesiones es que existe un fundado temor de que los pasajeros hagan uso y abuso de este derecho y acudan a aquellas cortes mas convenientes a sus intereses y no a aquellas donde realmente debe tramitar el caso por haber en la misma la mayor cantidad de puntos de conexión, encontrarse la mayor cantidad de pruebas, etc. Sabido es que la mayoría de las personas intentan interponer sus acciones contra líneas aéreas ante los tribunales de Estados Unidos, fundamentalmente por dos motivos: 1) porque allí pueden encontrar a abogados excelentes, ampliamente experimentados en el derecho aeronáutico, que no cobran honorarios de forma anticipada, sino que solo cobran un porcentaje del monto que eventualmente obtengan como indemnización para el pasajero. 2) Porque en general los jueces norteamericanos fijan indemnizaciones mas elevadas que las que otorgan jueces de otros Estados.

En relación a este punto cabe señalar que la ley Argentina sobre honorarios profesionales (Ley 21.839) en su Art. 4 establece que: “...los honorarios del abogado y del procurador, en conjunto y por todo concepto, no podrán exceder del cuarenta por ciento (40 %) del resultado económico obtenido, sin perjuicio del derecho de los profesionales a percibir los honorarios que se declaren a cargo de la parte contraria. Cuando la participación del profesional en el resultado de pleito sea superior al veinte por ciento (20 %), los gastos que correspondieren a la defensa del cliente y la responsabilidad de éste por las costas estarán a cargo del profesional, excepto convención en contrario. Los asuntos o procesos previsionales, alimentarios y de familia, no podrán ser objeto de pactos...”.

Asimismo cabe señalar que las múltiples discusiones que sucedieron en las reuniones previas a la redacción y firma de la Convención por los distintos Estados fue otra de las razones por las cuales se ha limitado la posibilidad de invocar la quinta jurisdicción. Para Estados Unidos la inclusión de este quinto fuero era requisito sine qua non para formar parte de la Convención. Por el contrario, los estados asiáticos y africanos fueron sumamente reacios a la incorporación de este fuero. Como anticipamos Francia² fue otro de los Estados en desacuerdo con la quinta jurisdicción. En realidad el temor de estos Estados era - y es- que los pasajeros hagan uso y abuso de este nuevo

² OACI, Conferencia Internacional de Derecho Aeronáutico – Montreal 10-28 Mayo 1999, N° 36.

foro e interpongan todas las demandas ante la justicia norteamericana, que es conocida por otorgar indemnizaciones mucho más elevadas que las dadas por los tribunales de otros Estados.

Los redactores de la Convención intentaron poner un “coto” y por esta razón establecieron límites al acceso de esta jurisdicción. Además el texto del Art. 33 no impide en forma expresa la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* aplicada en varios estados parte, que permitirá a los tribunales declararse incompetentes pese a encontrarse “en teoría” reunidos los requisitos establecidos en la Convención del 1999.

Es importante destacar que no cualquier acuerdo comercial será considerado como tal a los efectos de la Convención. Para que el mismo califique como tal será indispensable que se refiera a la provisión de servicios conjuntos de transporte. En cada caso particular el juez interviniente deberá analizar si el acuerdo comercial se adecua o no a las pautas exigidas por la Convención.

Uno de los conceptos que ha dado y da lugar a debate es el significado de “realizar actividades de transporte aéreo”. Se podría considerar que esta frase implica que la línea aérea transportadora demandada tenga un local en el territorio del tribunal elegido por el actor en el cual se celebren contratos de transporte internacional o se tomen reservas. Podría considerarse suficiente a los efectos de este requisito que el transportador tenga simplemente una oficina que sea responsable de vender boletos aéreos.

Estos locales pueden pertenecer a la línea aérea o estar alquilados por esta. Incluso los mismos podrían pertenecer a otra línea aérea con la cual la línea aérea transportadora demandada haya firmado un acuerdo comercial.

Será tarea de los jueces encargados de aplicar la Convención evaluar en cada caso concreto si la línea aérea transportadora demandada realiza o no actividades de transporte aéreo en el territorio del tribunal elegido por el actor en el marco del Art. 33.

Lamentablemente no existe aún jurisprudencia internacional respecto a este concepto.

El otro concepto que ha dado y también da lugar a debate es el de “residencia principal y permanente”. Este término fue sumamente discutido en las reuniones previas a la firma de la Convención. Hubo un gran debate entre los delegados de Estados Unidos y los de Francia respecto del concepto de “domicilio”. El delegado Francés sugirió incluir el siguiente párrafo: “para los propósitos del párrafo dos del Art. 33, la expresión “residencia principal y permanente” significa aquel lugar donde el pasajero haya tenido su asiento principal durante los doce meses anteriores al accidente. La nacionalidad no podrá ser usada para determinar dicho concepto”.

Para evitar discusiones e incluir términos jurídicos que pudiesen diferir de una legislación a otra es que en el texto definitivo de la Convención se incorporó el concepto de “residencia principal y permanente” sin hacer mención del término jurídico “domicilio”. Asimismo con esta frase se intento evitar que personas que desde el punto de vista de un determinado derecho interno tuvieran varios “domicilios” – lo cual por ejemplo es permitido tal como lo veremos más adelante por la ley de Brasil – eligiera entre ellos el que sea más conveniente para demandar a la compañía transportadora. En cambio una persona solo puede tener un lugar que cumpla el papel de “residencia principal y permanente”.

Asimismo la Convención aclara que la nacionalidad no será un factor determinante. Esta última aclaración se fundó en que en algunos Estados el termino “nacionalidad” se asemeja al termino “residencia principal y permanente”.

Este es el punto de conexión principal fijado por la Convención de Montreal para establecer el derecho del pasajero a demandar en los tribunales de su residencia. Por este motivo es que trae muchos inconvenientes, a la hora de evaluar si un tribunal es o no competente, determinar exactamente si el territorio del tribunal elegido resulta ser la “residencia principal y permanente” del pasajero.

Lógicamente las legislaciones de cada país y la interpretación dada por la jurisprudencia varía en cada Estado Parte e incluso dentro de un mismo estado, puesto que no es un concepto jurídico absolutamente delineado y claro.

La misma Convención establece que residencia principal y permanente significa “la morada fija y permanente del pasajero en el momento del accidente”.

Hay muchas personas que tienen mas de un domicilio, tienen bienes inmuebles en más de un país, viven parte del año en un lugar y parte en otro, etc. Es decir existe una gran variedad de situaciones fácticas y será tarea de los jueces determinar en cada caso concreto si el territorio del tribunal elegido por el pasajero actor resulta ser realmente su morada fija y permanente en los términos del Art. 33 de la Convención.

Será una carga procesal del pasajero actor acreditar que su morada permanente y fija se encuentra en el territorio del tribunal donde se planteo la demanda.

Un ejemplo típico es aquel en donde una persona tiene una propiedad en un país y la intención de vivir en el, pero que por razones laborales en el momento del accidente se encuentra “viviendo” en el territorio de otro estado. En este caso si el pasajero prueba su intención de retornar al país de origen y que su estadía en el otro país era meramente circunstancial, podría considerarse como morada fija y permanente aquella ubicada en el territorio del estado en donde -si bien el pasajero no se encontraba físicamente en el momento del accidente- tenía intención de regresar.

El problema que traerá aparejado la falta de definición y la disparidad de interpretaciones de este concepto es la posibilidad de presentar falsas evidencias con el objeto de invocar la jurisdicción de un tribunal más favorable para su parte y que perjudique a la línea aérea transportadora. Además será muy difícil para las compañías transportadoras obtener evidencia de la cual se desprenda que el territorio de un determinado estado no es en rigor la morada fija y permanente del pasajero.

Ahora procederemos a dar un pantallazo del concepto de “residencia” “morada” “domicilio” que existe en los distintos países de Sudamérica como Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, Bolivia y Argentina para poder delimitar un poco más dicho concepto al menos en lo que en el territorio Sudamericano se refiere:

- El Código Civil de la República Argentina no define lo que es “residencia” puesto que este en rigor no es un concepto jurídico. Si da una definición sobre el concepto de domicilio real que podría asemejarse al descrito como “residencia permanente y principal” por la Convención de Montreal. El Código Civil Argentino en su Art. 89 establece que el domicilio real de las personas es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y negocios. Para que la mera habitación sea considerada como domicilio es necesario (Art. 92) que la residencia sea habitual. Asimismo dicho cuerpo normativo establece que si una persona habita en distintos lugares se considera como “domicilio” aquel en el cual tenga a su familia y sus negocios, y en caso que estos estén en lugares diferentes será domicilio el lugar donde tenga su familia. Para que un lugar sea considerado “domicilio” son necesarios dos elementos:

- el Corpus: se refiere a la situación fáctica que implica que una persona reside efectivamente en un lugar.

- El animus: es necesario que la persona tenga la intención de permanecer en dicho lugar y de constituir en él el centro de sus intereses aunque no sea para siempre.

La diferencia entre residencia y domicilio es que en este último se exige un elemento “espiritual” que es el ánimo de permanecer en dicho lugar.

El código también presume el domicilio de ciertas personas como ser en el caso de los militares en servicio activo que tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando el servicio salvo que manifiesten una intención en contrario y en el caso de los funcionarios públicos y eclesiásticos establece que tienen su domicilio en el lugar donde deben llenar sus funciones siempre y cuando estas no sean temporarias, periódicas o de mera comisión.

Habrá que ver en cada caso concreto si los jueces consideran que este domicilio “presumido” coincide con el concepto de “residencia permanente y principal” de la Convención de Montreal.

La ley argentina también se ocupa de aquellas personas que son transeúntes y a su respecto establece que tendrán su domicilio en el lugar de su residencia actual. Pareciera que en estos casos basta con el “corpus” para otorgar el carácter de domicilio a un lugar determinado. Estos casos también plantearán problemas a los efectos de determinar si una persona tiene o no su “residencia permanente y principal” a los efectos de invocar la quinta jurisdicción, ello así puesto que la última parte del Art. 33 de la Convención expresamente establece que por dicho concepto deberá entenderse la morada fija y permanente. La situación de ser “ambulante” o “transeúnte” pareciera que quita el carácter “fijo” y “permanente” exigido por la Convención.

Adicionalmente cabe señalar que la ley 20.628 (ley de impuesto a las ganancias) también establece un concepto de residencia en su Art. 26 al decir que: *“A los efectos de las deducciones previstas en el artículo 23, se consideran residentes en la República a las personas de existencia visible que vivan más de SEIS (6) meses en el país en el transcurso del año fiscal. A todos los efectos de esta ley, también se consideran residentes en el país las personas de existencia visible que se encuentren en el extranjero al servicio de la Nación, provincias o municipalidades y los funcionarios de nacionalidad argentina que actúen en organismos internacionales de los cuales la REPUBLICA ARGENTINA sea Estado miembro”.*

Asimismo el Art. 119 de la ley citada establece que: *“A los efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º, se consideran residentes en el país: a) Las personas de existencia visible de nacionalidad argentina, nativas o naturalizadas, excepto las que hayan perdido la condición de residentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120. b) Las personas de existencia visible de nacionalidad extranjera que hayan obtenido su residencia permanente en el país o que, sin haberla obtenido, hayan permanecido en el mismo con autorizaciones temporarias otorgadas de acuerdo con las disposiciones vigentes en materia de migraciones, durante un período de DOCE (12) meses, supuesto en el que las ausencias temporarias que se ajusten a los plazos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación, no interrumpirán la continuidad de la permanencia...”* El Art. 120 establece que: *“Las personas de existencia visible que revistan la condición de residentes en el país, la perderán cuando adquieran la condición de residentes permanentes en un Estado extranjero, según las disposiciones que rijan en el mismo en materia de migraciones o cuando, no habiéndose producido esa adquisición con anterioridad, permanezcan en forma continuada en el exterior durante un período de doce (12) meses, caso en el que las presencias temporales en el país que se ajusten a los plazos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación no interrumpirán la*

continuidad de la permanencia. En el supuesto de permanencia continuada en el exterior al que se refiere el párrafo anterior, las personas que se encuentren ausentes del país por causas que no impliquen la intención de permanecer en el extranjero de manera habitual, podrán acreditar dicha circunstancia en el plazo, forma y condiciones que establezca la reglamentación. La pérdida de la condición de residente causará efecto a partir del primer día del mes inmediato subsiguiente a aquel en el que se hubiera adquirido la residencia permanente en un Estado extranjero o se hubiera cumplido el período que determina la pérdida de la condición de residente en el país, según corresponda". El Art. 121 continúa diciendo que: "...no perderán la condición de residentes por la permanencia continuada en el exterior, las personas de existencia visible residentes en el país que actúen en el exterior como representantes oficiales del Estado nacional o en cumplimiento de funciones encomendadas por el mismo o por las provincias, municipalidades o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Asimismo en su Art. 26 la ley establece quienes NO revisten la condiciones de residentes: "a) Los miembros de misiones diplomáticas y consulares de países extranjeros en la República Argentina y su personal técnico y administrativo de nacionalidad extranjera que al tiempo de su contratación no revistieran la condición de residentes... b) Los representantes y agentes que actúen en Organismos Internacionales de los que la Nación sea parte y desarrollen sus actividades en el país, cuando sean de nacionalidad extranjera y no deban considerarse residentes en el país según lo establecido en el inciso b) del artículo 119 al iniciar dichas actividades, así como los familiares que no revistan la condición de residentes en el país que los acompañen. c) Las personas de existencia visible de nacionalidad extranjera cuya presencia en el país resulte determinada por razones de índole laboral debidamente acreditadas, que requieran su permanencia en la REPUBLICA ARGENTINA por un período que no supere los CINCO (5) años, así como los familiares que no revistan la condición de residentes en el país que los acompañen. d) Las personas de existencia visible de nacionalidad extranjera, que ingresen al país con autorizaciones temporarias otorgadas de acuerdo con las normas vigentes en materia de migraciones, con la finalidad de cursar en el país estudios secundarios, terciarios, universitarios o de posgrado, en establecimientos oficiales o reconocidos oficialmente, o la de realizar trabajos de investigación recibiendo como única retribución becas o asignaciones similares, en tanto mantengan la autorización temporaria otorgada a tales efectos...".

En nuestra opinión los jueces deberán ser muy cuidadosos al admitir la invocación de esta jurisdicción y deberán analizar minuciosamente si el lugar elegido por el

pasajero resulta ser realmente su residencia habitual y permanente y no simplemente un lugar de paso que ha sido elegido por el pasajero para invocar la jurisdicción por entender que los tribunales de dicho estado podrán ser mas favorables al momento de otorgar o no cual o tal indemnización.

El Art. 33 de la Convención de Montreal expresamente establece que la residencia del pasajero debe ser permanente y principal. Estos elementos hacen que el concepto de "residencia" de la Convención se asemeje al concepto de "domicilio real" del Código Civil Argentino.

Es decir que – si bien la República Argentina aún no ha ratificado el Convenio de Montreal – probablemente los jueces argentinos al analizar si un pasajero tiene o no su "residencia principal y permanente" en los términos del Art 33 de la Convención de Montreal, asimilaran este concepto al de domicilio real y exigirán tanto el elemento físico o "corpus" como el elemento espiritual o "animus".

La jurisprudencia argentina también identifica el concepto de "domicilio" con el de "residencia habitual y permanente". Al respecto se ha sostenido que:

"Compromete no sólo el entorno físico de su residencia habitual, sino toda su realidad vital, en tanto deberá abandonar la convivencia con su padre prolongada por varios años, así como el medio en el que se desenvuelve cotidianamente, para ser trasladada al nuevo domicilio donde habita la madre, a 400 Km. de distancia".(CSJN. 29.04.08. "M., D. H. v. M. B., M. F". Citar Lexis N° 35022090

"En otras palabras, el tribunal no valora que suspendido el régimen de visitas en marzo de 2003, respetó la medida y se abstuvo de concurrir al domicilio donde vive la esposa y los menores". (en este fallo se resalta la importancia de la "familia" para otorgar a una residencia el carácter de domicilio). (Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 21.11.07. "C., A. L. v. D. D.". Citar Lexis N° 70042019).

"Estando reconocido por ambas partes que la madre tenía trabajo estable, que los viajes del progenitor en procura de mejorar fortuna no le quitaban al domicilio de O. en Vía G. Marconi 16 de Villanova D'Ardhengi en Italia, el carácter de su residencia habitual donde convivía con sus hermanos y tenía contacto permanente con sus progenitores. ... consideró que la madre había autorizado a su hija a viajar a la Argentina en compañía

de su padre por el término de un mes, aproximadamente, y que «el interés superior de la menor causante impone se la restituya a su residencia habitual para reintegrarse al núcleo familiar con sus hermanos y su madre». (Sup. Corte de la Prov. de Bs. As 20.08.04. “S., L. I. v. A., E. A.”. Citar Lexis N° 70014471).

“...3. Ahora bien, se entiende por domicilio real el fijado por la ley como asiento jurídico de la persona, tomando en cuenta para su determinación el lugar de su residencia efectiva. El mismo surge de la integración de un primer elemento constitutivo material -que no puede faltar- denominado corpus y otro subjetivo denominado animus. El primero atiende a un aspecto objetivo como es la residencia de una persona en un lugar determinado. El segundo se refiere a la intención de permanecer y de constituir allí el centro de los efectos e intereses”. (C. Nac. Com., sala E. 27.11.02. “Trusso, Francisco J. v. Credencial Argentina S.A.”. Citar Lexis N° 30011936).

“...al no conocerse con certeza el domicilio de la madre biológica de la menor dada en guarda, y carecer los lugares de residencia denunciados del carácter habitual necesario para atribuirles efecto jurídico alguno...” (de este fallo se desprende la necesidad de habitualidad a fin que una residencia sea considerada domicilio). (CSJN. 18.09.01. “Z., A. S/ Guarda”. Fallos 324:2867. Citar Lexis N° 70009949).

Asimismo cabe poner de manifiesto que la República Argentina ha ratificado el Tratado de Derecho Civil Internacional firmado en Montevideo en 1940. El mismo ha establecido que será considerado “domicilio”: 1°) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él, 2°) A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva, 3°) El lugar del centro principal de sus negocios; 4°) En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia.

Asimismo en su Art. 6° establece que ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez.

El Art. 11 establece que en caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará, salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar adonde llega; y, en su defecto, de las circunstancias del cambio.

De la lectura de los artículos precedentemente citados surge que el concepto de “domicilio” del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 es similar al establecido por la ley civil argentina.

Ambos establecen que este es el lugar donde una persona reside habitualmente con ánimo de permanecer en el, concepto este que se asimila al requerido por La Convención de Montreal de 1999, y ambos tienen en cuenta el lugar donde una persona tiene el asiento principal de su familia y negocios para atribuir a la residencia el carácter de domicilio.

- La Ley Civil de la República Oriental de Uruguay es bastante similar a la ley Argentina en lo que al concepto de domicilio y residencia se refiere.

Según el Art. 24 del Código Civil Uruguayo el “domicilio” consiste en la residencia (elemento físico) acompañada del ánimo (elemento espiritual) de permanecer en ella. Este concepto de domicilio también podría asimilarse al concepto de residencia permanente y principal descripto por la Convención de Montreal.

El código uruguayo también establece que el ánimo de permanecer no se presume ni se adquiere por la mera circunstancia de habitar en un lugar, si este individuo tiene en otro lugar su hogar doméstico (concepto este semejante al de asiento principal de su familia del código argentino). Asimismo también establece que el domicilio no se muda por el hecho de residir voluntariamente el individuo en otra parte, siempre que conserve su familia o el asiento principal de sus negocios en aquel domicilio.

La ley uruguayo también prevé la hipótesis de aquellas personas que no tienen ánimo de permanecer en un lugar determinado y al respecto establece que aquellas personas que simplemente residen en un lugar, esta mera residencia hará las veces de domicilio si la persona no tuviera este en alguna otra parte.

Asimismo la ley presume el domicilio de algunas personas como ser: los eclesiásticos obligados a una residencia determinada tienen su domicilio en ella, los menores de edad tienen su domicilio en donde lo tienen sus padres y los mayores de edad que trabajan en casa de otros tendrán el mismo domicilio de la persona a quien sirven o para quien trabajan si viven en la misma casa.

Sin embargo es muy importante destacar que cuando el tema se analiza desde el punto de vista del derecho internacional privado, se entiende que la definición de domicilio y residencia establecida en la ley civil se refiere al ámbito interno uruguayo, y no debe usarse para resolver el punto desde la perspectiva internacional. En ese sentido se puede citar una sentencia referida en la Revista Uruguayo de Derecho Internacional Privado, año II, número 2, página 102, que se inclina, desde el punto de vista del derecho internacional privado, por el concepto de « domicilio » recogido en el artículo 2° de la Convención Interamericana

sobre Domicilio. Esa Convención (del año 1979) fue suscrita en Montevideo y ratificada por Uruguay el 02.12.80. Los criterios de ese artículo toman en cuenta el siguiente orden: lugar de residencia habitual; lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de esas circunstancias será domicilio el lugar de la simple residencia; y si no hay residencia, el lugar donde se encontrare. Si nos detenemos a analizar el concepto dado por la Convención Interamericana sobre domicilio nos daremos cuenta que no es tan distinto al establecido por el código civil: en rigor la mayoría de las legislaciones internas y tratados internacionales sobre la materia consideran que el “domicilio” es el lugar de residencia habitual. Si notamos que la Convención no prioriza el lugar donde un individuo tiene el asiento principal de su familia, sino que solo menciona el lugar donde una persona tiene el centro principal de sus negocios.

En las legislaciones internas, en cambio, el asiento principal de la familia resulta ser un elemento fundamental para determinar si una persona tiene o no en un lugar su domicilio.

La última parte del Tratado – sobre todo aquella referida a que si un individuo no tiene residencia será considerada como tal el lugar donde se encontrare – podría dar lugar a muchos abusos por parte de los pasajeros que pretenderán invocar un fuero mas favorable a su derecho y desvirtuar el espíritu de la Convención de Montreal. El Art. 33 de dicha Convención pretende dar el derecho al pasajero de elegir como fuero – dadas ciertas condiciones – el lugar de su residencia principal y permanente, de su morada fija. Pareciera que considerar que el lugar donde una persona simplemente “se encuentra” como “residencia” en los términos del Art. 33 de la Convención de Montreal no sería correcto.

Por otra parte, resulta oportuno recordar que el viejo Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1940, artículo 5, prevé que el domicilio civil de una persona física será determinado en su orden por: la residencia habitual en un lugar con ánimo de permanecer, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar, el lugar del centro principal de sus negocios, y en ausencia de esas circunstancias, será domicilio la simple residencia.

En materia tributaria tenemos una definición de residente fiscal bastante reciente. Se trata del artículo 7 del título 8 del Texto Ordenado (impuesto a las rentas de los no residentes), ley número 18.083, de 27 de diciembre de 2006. Allí se define como residentes personas físicas los que:

Que permanezca más de 183 (ciento ochenta y tres) días durante el año civil, en territorio uruguayo. Para determinar dicho período de permanencia en territorio nacional se computarán las ausencias esporádicas en las condiciones que establezca la reglamentación, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país.

Que radique en territorio nacional el núcleo principal o la base de sus actividades o de sus intereses económicos o vitales.

De acuerdo con los criterios anteriores, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene sus intereses vitales en territorio nacional, cuando residan habitualmente en la República el cónyuge y los hijos menores de edad que dependan de aquél.

Sin embargo este concepto aplicable en derecho tributario no tiene porqué ser tomado por los jueces al interpretar si un lugar determinado constituye o no la residencia habitual y permanente de un pasajero en los términos del Art. 33 de la Convención de Montreal.

La ley civil paraguaya también es muy similar a la legislación interna uruguaya y argentina. Al respecto el Art. 52 del Código Civil establece que domicilio es el lugar donde una persona tiene establecido el asiento principal de su residencia (concepto este análogo al del Art. 33 de la Convención de Montreal) o de sus negocios. Asimismo también se exige la “permanencia” para que una residencia sea considerada como domicilio (Art. 54). El Código paraguayo también – en caso que una persona tenga en lugares distintos el asiento principal de su familia y sus negocios – establece que tendrá prioridad, es decir, será considerado como domicilio aquel lugar donde una persona tenga el asiento principal de su familia. Incluso – tal como el código argentino y uruguayo – establece que la residencia involuntaria en otro lugar no altera el domicilio anterior si se conserva en este la familia o el asiento principal de sus negocios.

Es decir: aquí también se exige un elemento material (residencia) y un elemento espiritual (ánimo de residir en forma habitual y permanente) para considerar que un determinado lugar es el domicilio de una persona.

Este concepto es análogo al de la Convención de Montreal, que si bien no hace mención al concepto de “domicilio”, una vez analizado este concepto en las distintas legislaciones internas latinoamericanas, se puede inferir que cuando la Convención habla de residencia principal, fija, permanente, etc. se esta refiriendo al “domicilio real” de las personas y exige tanto el elemento físico como espiritual.

Los tribunales paraguayos se han expedido respecto del concepto de domicilio de la siguiente forma:

Respecto a la prueba del cambio de domicilio en los autos “Cabezudo, Juan Carlos apoderado del Partido Patria Querida s/ Tachas” la CSJ con fecha 18.04.08 resolvió que: “...dicha carga pesa sobre los impugnadores, dado que son éstos quienes, al afirmar la existencia de un cambio de domicilio deben probarlo”.

“El hecho de que la convivencia del niño la tenga su madre y, por consiguiente, a ésta le corresponda elegir domicilio o residencia, ausentarse de la República o volver a ella -artículo 41 de la Constitución Nacional-, reviste trascendencia para el niño, ya que al no modificarse la convivencia, necesariamente debe acompañar a su madre cuando ésta adopta una nueva residencia”. (Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia de Asunción • 03/11/2007 • G. Ch., R. M. (Ac. y Sent. N° 183) • LLP2008 (abril), 242).

Asimismo es importante destacar que Paraguay ha ratificado con fecha 7.05.1985 la Convención Interamericana sobre domicilio suscripta en Montevideo en 1979. Por tanto probablemente de llegar un caso a juicio vinculado con la interpretación del concepto de “residencia” descrito en la Convención de Montreal de 1999, los jueces tendrán también en cuenta lo establecido en el citado Convenio (ver comentario a ley uruguaya) respecto al domicilio.

- Para la ley civil brasilera “domicilio” es la sede jurídica de una persona, donde establece su residencia permanente y el asiento de sus negocios. También existe un elemento subjetivo o espiritual que es el ánimo de permanecer en un lugar determinado y otro elemento objetivo o material que esta dado por el hecho de residir físicamente en un lugar determinado.

Un tratadista civil brasilero – Dr. Roberto Grassi Neto – ha señalado la importancia de este concepto no solo en el ámbito del derecho interno sino también en el ámbito del derecho internacional, puesto que el domicilio o la residencia principal, fija y permanente de las personas tiene gran importancia para el momento de determinar la ley aplicable, la competencia o incompetencia de un tribunal, etc.

El Art. 71 del código civil brasilero establece que cuando una persona tenga varias residencias en donde viva alternadamente, todas ellas podrán ser consideradas como su domicilio. Este concepto difiere de lo dispuesto en los códigos civiles de Argentina, Uruguay y Paraguay que al respecto establecen que en caso de diversidad de residencias será considerada “domicilio” aquella en la cual el individuo tenga su familia.

Asimismo el Art. 72 de dicho código establece que si una persona trabaja en distintos lugares, también serán considerados como “domicilio” todos aquellos lugares donde trabaje.

Es decir tanto la ley como la doctrina brasilera admite la pluralidad de domicilios. Es decir que de conformidad a la ley, doctrina y jurisprudencia brasilera probablemente si un pasajero tiene varios domicilios en

distintos lugares cualquiera de ellos podría llegar a ser elegido como jurisdicción competente en los términos del Art. 33 de la Convención de Montreal.

Habrà que ver que resuelven los jueces brasileros al respecto: es decir si aplican el concepto de pluralidad de domicilios reconocido por su código civil para interpretar el concepto de “residencia fija, permanente y principal” del Art. 33 de la Convención de Montreal y admiten que un pasajero demande a la compañía transportadora –lógico si se cumplen el resto de los recaudos exigidos por el Art. 33 – en cualquiera de los lugares donde tenga su “domicilio”. Es importante destacar que este concepto de domicilio tan amplio, es decir, otorgar el carácter de tal a todos los lugares donde una persona trabaja (cuando ejerce sus actividades laborales en varios lugares) no pareciera ser el mismo descrito por la Convención de Montreal como residencia principal, fija y permanente. Este último concepto creemos que se asemeja más al concepto de domicilio real establecido en los códigos civiles de Argentina, Uruguay y Paraguay que no admiten la pluralidad de domicilios.

No existen aún precedentes jurisprudenciales en Brasil referidos a este tema.

Si se ha expedido la jurisprudencia brasilera sobre la forma en la cual una persona debe acreditar que tiene distintos domicilios: se ha resuelto que si se presenta correspondencia, títulos de propiedad, documentación que acredite que una persona trabaja en distintos lugares, facturas de luz, gas, agua etc. de la cual se desprenda que no “vive” o “reside físicamente” en un mismo lugar, todos ellos serán considerados como domicilio (Sentencia del Superior Tribunal de Justicia dictada en el Recurso Especial n° 193.959 RJ el 01.07.04).

El Art. 73 también prevé la situación de aquellas personas que no tienen un domicilio conocido o son ambulantes: en estos casos se considerara domicilio el lugar donde se encuentren.

Tal como lo establecen los códigos civiles argentino, uruguayo y paraguayo, el código brasilero también – en su Art. 74 – establece que el domicilio se cambia por el traslado “físico” (elemento objetivo o material) sumado al ánimo de residir en otro lugar (elemento espiritual).

Asimismo cabe señalar que Brasil ha firmado (con fecha 05.08.79) pero no ha ratificado la Convención Interamericana sobre domicilio suscripta en Montevideo en 1979.

- La ley civil de Chile clasifica a las personas en domiciliadas y transeúntes. El Art. 58 del Código Civil establece que: “Del domicilio en cuanto depende de la residencia y del ánimo de permanecer en ella”. El Art. 59 completa la definición sosteniendo que: “El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”.

Es decir que la ley civil chilena es similar a la ley argentina, uruguaya y paraguaya en lo que a domicilio respecta y el concepto fijado por su legislación de “domicilio” podría asimilarse al de “residencia habitual y permanente” referenciado en la Convención de Montreal de 1999.

El Art. 62 también hace referencia al lugar donde una persona ejerce habitualmente su profesión u oficio para determinar cual es el lugar de “domicilio civil”.

Asimismo es importante destacar que el Art. 60 del Código Civil establece que el domicilio político es relativo al territorio del Estado en general; la persona que lo tiene o adquiere es o se hace miembro de la sociedad chilena, aunque conserve la calidad de extranjero y que la constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional.

En cambio el domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado.

Tal como se sostuvo párrafos más arriba, la ley chilena exige tanto el elemento material de “residencia” más el ánimo de permanecer en dicho lugar (elemento espiritual) para dar calidad de “domicilio civil” a un determinado lugar. El Art. 63 establece que el ánimo de permanecer en un lugar no se presume, ni se adquiere un nuevo domicilio por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante.

El Art. 64 continúa diciendo que si se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas.

Asimismo el Art. 66 establece que una persona conserva su domicilio anterior aunque se mude por un tiempo (elemento físico) a otro lugar, siempre que conserve su familia y asiento principal de sus negocios en su anterior residencia.

A diferencia de la ley argentina, paraguaya y uruguaya y tal como lo establece la ley de Brasil, el Código civil de Chile prevé la hipótesis que un individuo tenga más de un domicilio. El Art. 67 establece que “cuando concurren en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene...”.

Tal como sucede con la ley brasilera, este artículo podría traer problemas en la interpretación del concepto de residencia habitual y permanente de la Convención de Montreal, puesto que del texto de esta se desprende que la “residencia habitual y permanente” “morada fija” no puede ser sino una sola. Es decir que los jueces chilenos no

deberían aplicar el concepto de domicilio plural receptado por su código al interpretar el concepto de residencia descrito por la Convención, sino descubrir realmente cual es el asiento principal de una persona, donde vive con ánimo de permanecer y tiene allí su familia y/o el asiento principal de sus negocios, ejerce su profesión, etc.

Tal como sucede en otros países sudamericanos el Art. 68 del código chileno establece que la mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieren domicilio civil en otra parte.

Asimismo cabe señalar que Chile –al igual que Brasil- ha firmado (con fecha 05.08.1979) pero no ha ratificado la Convención Interamericana sobre domicilio suscripta en Montevideo en 1979.

- El Código Civil de Bolivia establece que el domicilio de una persona individual es donde éste tiene su residencia principal (Art. 24). Si esta no pudiera ser determinada el domicilio será en el lugar que la persona ejerce su actividad principal. De tratarse de personas que por su género de vida no tienen residencia en un lugar específico, estas se consideran domiciliadas en el lugar donde se encuentran.

Por otro lado, los interdictos o menores de edad no emancipados son considerados domiciliados en el mismo lugar que las personas bajo las cuales se encuentran a cargo. Se da un cambio de domicilio por el traslado de la residencia principal, o de ser el caso, de la actividad principal a otro lugar. Para finalizar, se establece que cuando el domicilio actual de una persona no pueda ser determinable, se tomará como domicilio de esa persona el último conocido.

Asimismo cabe señalar que Bolivia –al igual que Brasil y Chile- ha firmado (con fecha 08.02.1993) pero no ha ratificado la Convención Interamericana sobre domicilio suscripta en Montevideo en 1979.

Resulta interesante traer a colación una interpretación dada también en materia tributaria por la Comunidad Europea al concepto de domicilio y residencia. Al respecto la Comunidad Europea ha establecido que los funcionarios y agentes de las Comunidades que únicamente en razón del ejercicio de sus funciones al servicio de las comunidades establezcan su residencia en el territorio de un estado distinto al país del domicilio fiscal que tuvieren al momento de entrar al servicio de las comunidades serán considerados tanto en el país de su residencia como en el país de su domicilio fiscal como si hubiesen conservado su domicilio en este último país.

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE FORUM NON CONVENIENS

Mucho se ha discutido y discute sobre si la doctrina del forum non conveniens resulta aplicable – o no – en

aquellos casos gobernados por la Convención de Montreal de 1999.

Esta discusión fue incluso plasmada en las actas de reuniones previas a la firma de la Convención.

En las discusiones se incluyen algunos comentarios en el sentido que esta doctrina debe ser aplicada en aquellos países en los que los jueces hacen uso de ella como herramienta para lograr que el caso tramite en un foro más conveniente. El delegado de Suecia³ hizo referencia a la posibilidad de incluir expresamente en el texto del tratado que los países que aplican la teoría del *forum non conveniens* podrán aplicarla en aquellos casos gobernados por la Convención. En el sentido contrario el delegado de Suiza⁴ manifestó que esta doctrina resultaba desconocida por muchos Estados (entre ellos el suizo y muchos otros países europeos) y por lo tanto no era conveniente – a fin de lograr una mayor adhesión de la Convención – incluir expresamente la posibilidad de aplicar esta doctrina. En el mismo sentido se enroló Chile que sostuvo que dicha doctrina resultaba desconocida en gran parte de los países de Latinoamérica y su inclusión expresa podría traer como consecuencia que muchos estados latinoamericanos decidieran no firmar la Convención.

De las actas de reunión también se desprende que se sugirió incorporar como texto de la Convención el siguiente⁵: *“Las cuestiones de procedimiento serán gobernadas por la ley del lugar del tribunal que entienda en el caso. Esta corte podrá declinar el ejercicio de jurisdicción si el transportador prueba que: - teniendo en cuenta las circunstancias donde se produjo el accidente sería sumamente oneroso para la Compañía cargar con los costos derivados de la tramitación del proceso en dicho foro; y que - existe otro foro más conveniente en donde el caso podría tramitar apropiadamente y donde los intereses de las partes estén mas equilibrados”*. Sin embargo – como es sabido – esta sugerencia no fue incorporada al texto definitivo.

El delegado norteamericano⁶ sugirió que sería conveniente mantener el texto tal como estaba en la Convención de Varsovia e incluir simplemente la frase: *“no existe intención de limitar la capacidad de las cortes de rechazar el caso por considerar que existe otro foro mas convenien-*

te al cual el caso pertenece”. También primariamente se sugirió añadir luego de *“las cuestiones de procedimiento estarán regidas por la ley del tribunal competente”* la frase *“incluyendo la doctrina del forum non conveniens o otras doctrinas similares”*. Estas sugerencias tampoco fueron incorporadas al texto definitivo, sin embargo el Presidente⁷ indicó que las mismas preservaban los derechos de aquellos Estados que hacían uso de la doctrina del *forum non conveniens* sin afectar los principios y derechos de aquellos Estados en los cuales dicha doctrina resulta ser desconocida.

Del análisis de las discusiones previas a la firma del Convenio se desprende que si se hubiera decidido incorporar alguna referencia expresa sobre la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*, muchos Estados no hubieran firmado el Tratado por resultarles ajena dicha doctrina. Por supuesto que tuvo más peso que la Convención fuera firmada por la mayor cantidad posible de Estados que incluir de manera expresa la autorización de aplicación de esta doctrina. Además se consideró que la no inclusión no implicaba de ninguna manera considerar que su aplicación estaba prohibida. Ya bajo el amparo de la Convención de Varsovia esta doctrina era aplicada, por lo que si el texto permanecía idéntico no habría razón alguna para interpretar que no estaba permitido hacer uso de la doctrina del *forum non conveniens* en los casos gobernados por la nueva Convención.

Sin embargo el dejar el texto tal como estaba en la Convención de Varsovia ha generado debates y discusiones post-firma del tratado que trataremos seguidamente.

A continuación desarrollaremos varios casos que han resuelto los tribunales de Estados Unidos respecto de la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens* en casos que un pasajero decida invocar tanto la 5ta. jurisdicción creada por la Convención de Montreal como los otros 4 foros ya existentes bajo el amparo de la Convención de Varsovia. Es importante destacar que los tribunales norteamericanos ya aplicaban esta doctrina para los casos de jurisdicción de los cuatro fueros instaurados por el Sistema de Varsovia: a) los tribunales del domicilio del transportador, b) los tribunales del lugar donde se encuentre el establecimiento principal del transportador, c) los tribunales del lugar de destino final del pasajero (tal como surge del ticket aéreo) y d) los tribunales del lugar en donde el transportador posea un establecimiento por cuyo intermedio se hubiera celebrado el contrato de transporte.

Asimismo las discusiones en torno al “foro más favorable” ya existían mucho antes de firmarse la Convención de Montreal. Veamos algunos ejemplos:

- *En el caso Pflug vs. Egyptair Corp*⁸. *la justicia norteamericana en el año 1992 rechazó el caso*

³ Ver OACI – Conferencia Internacional de Derecho Aeronáutico – Montreal 10-28 Mayo 1999, N° 108.

⁴ Ver OACI - Conferencia Internacional de Derecho Aeronáutico – Montreal 10-28 Mayo 1999, N° 160.

⁵ Ver OACI - Conferencia Internacional de Derecho Aeronáutico – Montreal 10-28 Mayo 1999, N° 493-94.

⁶ Ver OACI - Conferencia Internacional de Derecho Aeronáutico – Montreal 10-28 Mayo 1999, N° 180.

⁷ Ver OACI - Conferencia Internacional de Derecho Aeronáutico – Montreal 10-28 Mayo 1999, N° 183-84

⁸ 961 F.2d 26 (2nd Circ. 1992).

declarando su incompetencia y consideró que los tribunales de Grecia o Egipto eran foros alternativos mas convenientes y apropiados. En este caso el actor (heredero del Sr. Pflug) inició su demanda ante los tribunales norteamericanos contra Egyptair Corporation. El Sr. Pflug fue asesinado por terroristas en el vuelo Nro. 648 proveniente de Atenas y con destino a El Cairo operado por Egyptair Corporation. Egipto resultaba ser el domicilio principal del transportador, mientras que el contrato de transporte internacional había sido materializado en Grecia, por lo que no había punto de conexión alguno que habilitara al actor a promover su demanda en Estados Unidos.

- En el caso Stanford vs. Kuwait Airlines⁹ los hijos de los Sres. Hegna y Standford iniciaron una acción ante los tribunales norteamericanos. Sus padres fueron asesinados por terroristas. La compañía transportadora era Kuwait Airlines, con domicilio y asiento principal de sus negocios en Kuwait. Los tickets habían sido vendidos en Yemen y el destino final del vuelo era Pakistán. Como consecuencia la justicia norteamericana resultaba notoriamente incompetente, razón por la cual resolvió que Pakistán, Yemen o Kuwait eran foros alternativos mas adecuados.

Esta doctrina fue completamente cristalizada en Estados Unidos por medio de la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso "Gulf Oil Corp. v. Gilbert"¹⁰. En dicho caso la Corte resolvió que los tribunales estaban autorizados a rechazar un caso, incluso aunque fueran competentes, cuando existiese otro tribunal competente en donde se encuentre la información primordial para resolver el caso de manera de servir de mejor manera tanto a los intereses públicos: evitar dificultades administrativas: como por ejemplo iniciar un juicio en tribunales sumamente saturados de casos; relación entre los hechos y el lugar donde se encuentra el tribunal, los intereses locales que pueda tener en la solución de la controversia el Estado donde se interpuso la demanda, litigar en un fuero donde estén familiarizados con el derecho aplicable; como privados: fácil acceso a medios de prueba, la disponibilidad de medidas de fuerza que "obliguen" a los testigos no dispuestos a declarar a comparecer al tribunal por la fuerza pública, costo económico de acceder a la justicia, la posibilidad de hacer ejecutar la sentencia una vez que la misma sea obtenida y todos aquellos aspectos prácticos que hacen a la celeridad y facilidad del proceso. Es decir,

⁹ 648 F. Supp. 657 (S.D.N.Y. 1986).

¹⁰ *Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).

cuando los puntos de conexión relacionados con el caso se encuentren fuera del foro elegido por el actor (sea por ejemplo el lugar de su residencia habitual y permanente) es "conveniente" que otro tribunal entienda en el caso.

Sin embargo la Corte en su fallo ha establecido que salvo en los casos en los cuales el demandado que solicita la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* tenga realmente elementos de los cuales se desprenda que es mejor que el juicio tramite en otro fuero competente y no en el elegido por el actor, los tribunales deberán respetar la decisión de este y permitir que el juicio tramite en el fuero competente elegido por el actor, aunque este no sea el que mas convenga al demandado. Es decir, si el demandado prueba que el fuero elegido por el actor lo deja a aquél en una posición totalmente desproporcionada respecto de este, por no contar con medios probatorios en dicho lugar, etc. si se podría aplicar la teoría del *forum non conveniens* y remitir la causa para decisión de otro tribunal, sino debe respetarse el fuero elegido por el actor.

Tal como lo expresamos párrafos más arriba la aplicación de esta doctrina ha generado y genera múltiples discusiones. Los defensores de la misma sostienen que es una herramienta muy importante para los jueces a fin de evitar que el actor elija un foro basándose solamente en la posibilidad de obtener una indemnización más elevada. La aplicación de esta doctrina asegura de alguna manera que un caso tramite en el foro en el cual se encuentren la mayor cantidad de pruebas y existan más puntos de conexión con el caso, de manera de poder llegar realmente a conocer la verdad objetiva de los hechos.

- "*Hosaka v. United Airlines*" (305 F.3d 989 (9th Cir. 2002), cert. denied, 537 U.S. 1227 (2003)).

En diciembre de 1997 el vuelo de United Airlines 826 proveniente de Tokio y con destino a Hawai sufrió una severa turbulencia sobre el Océano Pacífico. Un pasajero murió y varios resultaron heridos. Los pasajeros eran residentes de Japón. Muchos de ellos interpusieron demanda de daños y perjuicios por ante la Corte del Distrito Norte de California. United Airlines interpuso una moción solicitando que la corte se declare incompetente fundándose en la doctrina del *forum non conveniens*. La Corte concede a United la moción. Los actores apelan la decisión por ante la Corte de Apelación del 5to Circuito de Estados Unidos.

Esta comienza haciendo un análisis sobre la interpretación de los tratados internacionales. Al respecto manifiesta que cuando un texto es ambiguo se debe recurrir a distintas herramientas para clarificar su significado. Se debe acudir a la historia del tratado, los propósitos que lo inspiraron, la conducta de los Estados Parte luego de la entrada en vigor y las decisiones de los distintos tribunales de los Estados Parte.

La Corte de Apelaciones sostiene que uno de los propósitos de la Convención fue crear reglas uniformes que rigieran los reclamos vinculados al transporte aéreo internacional. Estas reglas se refieren no solo a un sistema de responsabilidad limitada sino también sobre los distintos foros a los cuales puede acudir un damnificado para entablar su acción. Asimismo otro de los propósitos de la Convención de Varsovia fue el establecer un equilibrio entre los intereses de los pasajeros y de las Compañías transportadoras. Es por este motivo que la Convención establece fueros determinados en los cuales el pasajero puede demandar a la aerolínea. La Corte sostiene que si se permitiera -por medio de la invocación de la doctrina del *forum non conveniens*- que las aerolíneas dejen sin efecto el foro elegido por el pasajero (autorizado por la Convención) se estaría “quitando” parte del equilibrio instaurado por el Sistema de Varsovia.

Asimismo la Corte sostiene que si los delegados de los distintos Estados Partes del Tratado hubieran querido que las compañías transportadoras pudieran invocar la aplicación de la teoría del *forum non conveniens*, lo hubieran puesto expresamente en el cuerpo del Tratado para evitar confusiones y discusiones. Al sostener esto la corte manifiesta que revisando la historia de la Convención ha descubierto que los delegados británicos habían intentado realizar una modificación al Art. 28 en la cual se incluyera expresamente la posibilidad de aplicar la teoría del *forum non conveniens*. Sin embargo esta sugerencia de los delegados británicos no fue incorporada al texto definitivo.

Ante esta decisión United Airlines promovió una petición ante la Corte Suprema de Estados Unidos solicitando que se revocó la decisión de la Corte de Apelaciones. Sin embargo la Corte Suprema el 04.02.03 resuelve declinar el entendimiento de la petición formulada por United.

Respecto de la postura de la Corte del 5to Circuito de Estados Unidos en el presente caso cabe señalar que resulta ser una postura demasiado inflexible. El hecho de sostener que tanto bajo el amparo de la Convención de Varsovia como de la Convención de Montreal del '99 los jueces pueden aplicar la doctrina del *forum non conveniens* no implica que esta será aplicada cada vez que las aerolíneas la invoquen. Muy por el contrario, son pocos los casos en los cuales las cortes aplican esta doctrina. La experiencia demuestra que los jueces no han aplicado esta doctrina de forma indiscriminada sino que lo han hecho solo en aquellos casos en los cuales realmente el foro elegido por el actor no era el conveniente por existir otro foro en el cual sería más fácil conocer la verdad objetiva de los hechos por existir más puntos de conexión en el mismo. Los tribunales cuando reconocen la aplicación de esta doctrina siempre manifiestan que existe una presunción a favor del foro elegido por el actor y que es “raro” que se admita la

aplicación de la doctrina, es decir se refieren a los casos en donde la misma es aplicada como “aquellos raros casos”.

Asimismo y respecto a la observación formulada por la corte de que no ha sido incluido expresamente – pese a la sugerencia británica – en el texto de ambas Convenciones la posibilidad de aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*, cabe señalar que el hecho que no este expresamente permitido no implica que este prohibido. Hay que tener en cuenta que esta clase de Convenciones están destinadas a ser firmadas por todos los Estados Parte de la comunidad Internacional de ser posible. Por este motivo no es conveniente incluir en sus textos institutos procesales que tienen vigencia solo en el derecho interno de determinados países. La doctrina del *forum non conveniens* no es aplicada por todos los estados e incluso es desconocida en varios. Incluir la misma en un tratado internacional podría traer como consecuencia que ciertos Estados decidan no formar parte del Tratado por no aplicar dicha doctrina o desconocer la misma.

- *Piper Aircraft Co v. Reyno. (454 U.S. 235, 1981).*

En este caso un pequeño avión comercial se estrelló en Escocia. Todos los pasajeros murieron. Todos los pasajeros eran residentes de Escocia. La aeronave había sido fabricada en Pennsylvania (Piper Aircraft Company), registrada por ante el gobierno de Gran Bretaña y operada por una compañía aérea de Escocia como servicio de taxi aéreo.

Tras arduos estudios y pericias el Departamento Británico de Turismo concluyó que la causa del accidente había sido una falla mecánica. Sin embargo una junta compuesta por tres miembros concluyó que el error del piloto podría haber sido la causa del accidente.

Mientras tanto el administrador de la herencia (Sr. Gaynell Reyno) de varios pasajeros inició en California una acción contra Piper. Asimismo inició otra acción en Gran Bretaña contra la compañía titular de dominio de la aeronave, la compañía operadora de la aeronave y herederos del piloto. El Sr. Gayne Reyno admitió que inició la demanda contra Piper (compañía fabricante del avión) en Estados Unidos, puesto que sus leyes sobre limitación de responsabilidad, capacidad para demandar, etc. eran más favorables para los intereses de sus clientes que la leyes de Gran Bretaña y Escocia.

En este caso Piper interpuso una moción solicitando la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*. En este caso la Corte de apelaciones del 3º distrito de Estados Unidos entendió que la misma no resultaba aplicable, puesto que no debe admitirse la misma cuando la ley del foro alternativo resulta ser más desfavorable para las pretensiones del actor.

La Suprema Corte de Estados Unidos revocó el fallo de la Corte de Apelaciones concluyendo que la posibilidad de un cambio desfavorable de la ley no puede por sí misma implicar el rechazo de la aplicación de la teoría del *forum non conveniens*. Sin embargo la Corte dejó claro que su decisión no implicaba sostener que nunca podría rechazarse la petición de aplicar la teoría del *forum non conveniens* cuando la ley del foro alternativo fuera más desfavorable. Cuando el remedio provisto por las leyes del foro alternativo, es tan desfavorable que no puede ser considerado siquiera “remedio” para el actor, no deberá hacerse lugar a la petición y el juicio deberá tramitar por ante el foro elegido por el actor. En el presente caso, el Sr. Reyno no probó que la ley de Gran Bretaña o Escocia no representaran remedio alguno para sus representados.

La Corte señaló que si bien existe una presunción a favor del actor que eligió un foro determinado, esta presunción pierde fuerza cuando el foro elegido no resulta ser el lugar de su residencia, es decir cuando inicia la acción un extranjero. Cuando una persona elige el foro de su domicilio/residencia habitual es lógico y razonable que este foro es más conveniente a sus intereses, sin embargo cuando el foro elegido no es el del lugar de su domicilio, ya no es tan lógico y razonable que este sea el foro más conveniente. El sentido principal de la teoría del *forum non conveniens* es asegurar que el juicio tramitará ante el foro más conveniente de términos de posibilitar medidas de prueba llegando así a conocer la verdad objetiva. Los jueces deben tener como herramienta la aplicación de esta doctrina para evitar que tramite ante su foro un caso – como en el presente – que no tiene puntos de conexión con el foro elegido.

En este caso dado que existían potenciales co-demandados en Escocia lo “conveniente” era que el juicio tramite allí y no en Estados Unidos.

- *“Baah v. Virgin Atlantic Airways. SDNY, 07.02.07. 473 Supp.2nd 591)*

En este caso el actor inició su demanda ante la Corte del Distrito de Nueva York por los daños sufridos como consecuencia del vuelo precedente de Londres de la línea británica Virgin Atlantic. La aerolínea demandada interpuso una excepción de incompetencia de los tribunales norteamericanos.

La corte de USA en primer lugar señala que es la actora quien debe probar que los tribunales de Nueva York son competentes.

En el presente caso la Convención de Montreal resulta aplicable puesto que tanto Inglaterra como Estados Unidos son Estados parte de la misma (Inglaterra ratificó la Convención el 29.04.04 y la misma entro en vigor el día 28.06.04. Por su parte Estados Unidos ratificó la

Convención el 05.09.03 y la misma entro en vigor el 04.11.03).

El pasajero en cuestión había adquirido su billete en Inglaterra, tenía su residencia habitual en Inglaterra, el ticket señalaba la ruta “Londres/Nueva York/Londres” con lo cual el punto de destino era Londres (y no Nueva York).

Sin embargo interpone la acción en Nueva York por considerar que era esta la ciudad de “destino final”. Ya varias veces los tribunales norteamericanos se han expedido en torno a que es considerado “punto de destino final” aquél que figura en el ticket aéreo, aunque el pasajero permanezca varios días en el punto intermedio (Klos v. Polskie Linie Lotnicze, 133 F. 3d 164, 2º Cir. 1997, Shopenhavuer v. Compagnie Nationale Air France, 255, F. Supp. 2nd 81, 85).

Si bien se ha sostenido que la Convención de Montreal es un sistema totalmente nuevo y distinto al creado por Varsovia (principio este invocado por el actor a fin de obtener el reconocimiento de la jurisdicción), el mismo tribunal reconoció que algunas de las previsiones de la Convención de Montreal son las mismas que las del sistema de Varsovia, y tal caso es la procedencia del fuero referido al punto de destino final.

En este caso la Corte destaca que la Convención de Montreal no da “vía libre” al pasajero para invocar el fuero que le convenga. El hecho de estar basado en principios e ideales diferentes a los que inspiraron Varsovia no implica otorgar un derecho desmedido al pasajero.

La Corte resuelve admitir la excepción de incompetencia planteada por la demandada considerando que de acuerdo al Art. 33 de la Convención de Montreal esta corte no resulta ser competente en función de la teoría del *forum non conveniens*.

- *“Air Crash near Ahtens, Greece”. 2007 WL 840300 (N.D. III 2007) (Helios).*

El 14.08.05 una aeronave proveniente de Chipre que viajaba hacia Grecia se estrelló. Tanto los pasajeros como la tripulación murieron en el impacto. Se inicia demanda contra Boeing, Helios Airways, Libra Holiday Group y Olympic Airlines (estas tres últimas fueron solo demandadas en California) ante los tribunales del Distrito Norte de Illinois, del Distrito Central de California y del Distrito del Este de Pensilvania

De los 90 actores, dos eran residentes de Estados Unidos, 5 residentes de Grecia y el resto residía en Chipre. Boeing interpone una moción solicitando la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* de manera que el caso tramite en los tribunales de Grecia o Chipre, por ser foros más convenientes a la resolución del caso.

En febrero de 2008 la Corte hace lugar a la moción interpuesta por Boeing. Considera que tanto Chipre como

Grecia son foros alternativos adecuados para el trámite de la acción: considera que Chipre es un foro más conveniente que Estados Unidos por el fácil acceso a los medios de prueba y por el interés público que existe en dicho Estado sobre el caso; asimismo considera que Grecia es un foro más conveniente que el de Estados Unidos por contar allí con más medios probatorios y por la relación existente en Helios y Boeing en Grecia y por el interés público en el caso.

La Corte hace lugar a la moción interpuesta por Boeing, pero sujeta a ciertas condiciones: a) El demandado debe aceptar someterse a la jurisdicción de Chipre o Grecia si pretende que su moción sea concedida, b) debe proveer a los actores de toda la evidencia y asegurar el acceso a los testigos bajo su custodia vinculados con el hecho que son relevantes para conocer la verdad real, c) debe soportar el costo de la traducción del inglés al griego de los documentos acompañados como prueba documental y d) debe pagar todos los daños por los cuales sean condenados por las cortes griegas o de Chipre.

Esta decisión fue apelada por la actora en Marzo de 2007. Se encuentra pendiente de resolución.

- "*Van Schijndel vs. Boeing Co*" (434 F. Supp. 2d 766 C.D. Cal 2006. FNC).

En este caso un avión de Singapore Airlines al intentar despegar del Aeropuerto de Taipei (Taiwan) colisionó con una construcción y 83 personas murieron y 71 resultaron heridas.

El actor promovió su acción contra Boeing y Goodrich Corp. ante la Corte Federal de California.

La Corte rechazó la acción el año 2004 fundando su resolución en la doctrina del *forum non conveniens*, y consideró que Singapur sería el foro más conveniente – entre otros – para tratar el caso. El actor apeló esta resolución por ante la Corte de Apelaciones del 5to Circuito de Estados Unidos. La Corte de Apelaciones hace lugar al recurso del actor y revoca la resolución del juez de primera instancia. Manifiesta que este debería haber expuesto las razones por las cuales considera que habría otros foros más convenientes para entender el caso que el elegido por el actor (California).

Los demandados interpusieron ante la Corte de Juicio una moción solicitando la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*. Los actores – al contestar el traslado – manifiestan que esta moción no debería ser siquiera considerada, y de ser considerada, debería rechazarse en función de lo resuelto por la Cámara de apelaciones del 5to circuito.

La Corte de Juicio hace lugar a la moción de Boeing y considera que la Corte de Apelaciones del 5to Circuito revocó la decisión del juez de 1º instancia solo por la for-

ma en la cual resolvió declarar aplicable la doctrina del *forum non conveniens*. es decir, sin expedirse concreta y fundadamente las razones por las cuales considera que Singapur era el foro más adecuado. La Corte considera que la moción interpuesta por Boeing debe ser concedida puesto que Singapur resulta ser un foro alternativo más conveniente puesto que existen intereses públicos y privados mucho más fuertes que en California en la resolución del caso. Además la Corte de Singapur tendrá mayor acceso a medios de prueba puesto que Singapur resulta ser el centro del litigio. Incluso manifiesta que existen casos pendientes de solución vinculados con el accidente en trámite por ante la justicia de Singapur. Además allí la Corte podrá tener acceso a declaraciones testimoniales de miembros de la tripulación del vuelo y a toda la evidencia en poder de Singapore Airlines. Además todo el registro de mantenimiento, etc. de la aeronave se encuentra en Singapur.

- "*Gambra vs. Int'l Lease Finance Corp.* (377 F. Supp. 2d 810 C.D. Cal 2005).

En este caso el vuelo 604 de Flash Airlines se estrelló en el Mar Rojo (Egipto) en febrero de 2004. Los 148 pasajeros abordo murieron en el impacto. Todos ellos eran residentes de Francia. Los herederos de los pasajeros promovieron acciones contra International Lease Finance Corp – dador del leasing de la aeronave a Flash Airlines –, Boeing y Parker Hannifin and Honeywell. Los tres demandados mencionados precedentemente eran Compañías Norteamericanas.

Sin embargo como la acción contra Flash Airlines no podía ser promovida en Estados Unidos, los actores interponen la acción contra esta en Francia.

Las tres compañías estadounidenses demandadas en U.S.A. interpusieron conjuntamente ante la justicia norteamericana una moción solicitando la aplicación de la doctrina de *forum non conveniens*, sosteniendo que en Francia existía un litigio vinculado con el mismo accidente promovido por los mismos actores contra Flash Airlines y que en realidad Francia resultaba ser un foro más conveniente para entender el caso. Los actores se oponen a esta moción y sostienen que Francia no es un foro alternativo, toda vez que no tienen jurisdicción sobre las compañías norteamericanas demandadas y que la Corte Francesa no aceptaría el caso aunque se presentara ante esta un acuerdo en el cual las demandadas norteamericanas aceptaran someterse a la jurisdicción de Francia. Sostienen que California resulta ser un foro conveniente por las siguientes razones: todos los demandados son compañías norteamericanas, el contrato de leasing entre ILFC y Flash Airlines incluye una cláusula en la cual se establece que todos los conflictos entre ambas serán resueltos por la

justicia de California y que un litigio en el cual los demandados son compañías Norteamericanas no puede ser resuelto eficiente y convenientemente en un foro que no sea Estados Unidos.

La Corte hace lugar a la moción interpuesta por las demandadas, pero sujeta a algunas condiciones: estas deben aceptar someterse a la justicia francesa, poner a disposición de esta toda la evidencia en su poder relacionada con el caso y pagar la indemnización que eventualmente establezca la justicia francesa.

Como consecuencia los actores promovieron su acción contra las compañías norteamericanas ante la justicia francesa conjuntamente con su acción contra Flash Airlines. Sin embargo los actores solicitaron a la Corte de Primera Instancia de Francia que a pesar de la aceptación voluntaria de jurisdicción efectuada por las co-demandadas norteamericanas-, consideren que la justicia francesa carece de jurisdicción y como consecuencia de ello, remitan el caso nuevamente a la justicia norteamericana. La Corte de 1º instancia rechazó este pedido y los actores han apelado esta resolución ante la Corte de Apelaciones de París. Aun esta pendiente de resolución.

- *West Caribbean Airways SA. United District Court. Southern District of Florida, Case N° 06-222748. 16.07.07.*

En agosto de 2005 un vuelo charter operado por West Caribbean Airways (aerolínea de bandera colombiana) proveniente de Panamá y con destino a Martinique se estrelló en Venezuela. Todos los pasajeros murieron en el accidente y todos eran residentes de Martinique.

Los actores (herederos de los pasajeros) interpusieron su acción por ante la corte del Distrito Federal Sur de Florida. Los demandados interpusieron una moción solicitando la aplicación de la teoría del *forum non conveniens*. La corte hace lugar a esta moción y se declara incompetente. Sin embargo, antes de expedirse al respecto solicitó un consejo al Gobierno de los Estados Unidos respecto de si bajo el imperio de la Convención del 1999 podía aplicarse la teoría del *forum non conveniens*. El gobierno estadounidense se expidió y sostuvo unánimemente que: la doctrina del *forum non conveniens* sigue siendo una herramienta que pueden usar los jueces a su discreción en los procesos regidos por la Convención de Montreal, que los tribunales estadounidenses reconocen conscientemente que esta doctrina es un mecanismo que debe usarse sin afectar los derechos subjetivos, la Corte Suprema de USA ha sostenido que las cuestiones de competencia se refieren al derecho procesal y no a los derechos subjetivos y que la historia de la Convención de Montreal demuestra que las partes en general entendieron que la doctrina del *forum*

non conveniens podía ser aplicada en el marco de tal Convención.

La corte, tras un largo análisis, resolvió que la doctrina del *forum non conveniens* resultaba ser plenamente aplicable siempre que existiera otro foro alternativo para los demandantes. En este caso para salvaguardar tanto los intereses públicos como privados la corte resuelve diferir el caso a la justicia de Martinique.

Esta resolución fue apelada por los actores por ante la Corte de Apelaciones del 11º Circuito y aún no fue resuelta.

- *Air Crash near Peixoto de Azevedo, Brazil. 07 MD 1844 ((BMC) (JO):*

Este es el caso más reciente (sentencia de fecha 02.07.08) en el cual la justicia norteamericana ha tenido nuevamente oportunidad de expedirse respecto de la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* para aquellos casos amparados por la Convención de Montreal de 1999.

En este caso una aeronave (Boeing 737-800) de GOL (vuelo 1907 proveniente de Manaus y con destino a Río de Janeiro) colisionó el 29.09.06 con una aeronave (Embraer 135BJ) operada por ExcelAire. Los 154 pasajeros que GOL transportaba murieron en el impacto.

Todos los pasajeros tenían su residencia habitual en Brasil.

Los herederos de los pasajeros iniciaron una acción por ante la Corte del distrito este de Nueva York – Estados Unidos contra:

- Honeywel (responsable del diseño, funcionamiento, certificación, etc. de los componentes de la aeronave) con asiento principal en New Jersey;

- Los pilotos del Embraer (Lepore y Paladino) residentes en Nueva York;

- Excel Aire con asiento principal de sus negocios en Nueva York;

- SIVAM Group. Formada por un conjunto de corporaciones con asiento principal en Estados Unidos y encargadas del sistema de radar en la región del Amazonas de Brasil (lugar donde se produjo el accidente).

- Gol (operador de la aeronave estrellada). Gol es una aerolínea de bandera brasilera que no tiene vuelos internacionales hacia los Estados Unidos ni se encuentra autorizada por el Gobierno Americano a volar en su territorio.

- El Centro Integrado de Defensa Aérea y Control de Tráfico Aéreo de Brasil que es la autoridad brasilera encargada del control del espacio aéreo de Brasil.

- Centro de Investigación y Prevención de accidentes Aeronáuticos de Brasil que es la agencia brasilera encargada de investigar los accidentes aéreos.

Cabe destacar que además de la acción promovida en Estados Unidos se interpusieron demandas ante la Justicia Brasileira contra GOL.

Todos los co-demandados ante la justicia norteamericana aceptaron someterse a la jurisdicción brasileira (salvo los pilotos del Embraer) y solicitaron la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*.

La Corte luego de una larga fundamentación resuelve hacer lugar al planteo efectuado por los demandados y dirimir el caso a la justicia brasileira pero con ciertas condiciones: Si la justicia brasileira llegara a rechazar el caso, se permite a los actores a solicitar la apertura del presente proceso por ante este tribunal, los demandados no deberán interponer ninguna defensa que no haya estado vigente al momento que los actores interpusieron su demanda en Estados Unidos, los demandados deben colaborar en la producción de la prueba, aportar documentos en su poder, no impedir declaraciones testimoniales y deberán pagar el monto al que eventualmente la justicia brasileira los condene por sentencia firme.

La corte funda su decisión en que al momento de determinar el foro más conveniente lo que debe tenerse en cuenta son los intereses privados y públicos en juego y no el lugar en donde los jueces otorgaran una indemnización mayor o menor.

Como regla general se presume que el foro mas conveniente para el actor es aquel en donde tiene su residencia. En el presente caso la aeronave estrellada era operada por una aerolínea brasileira, el accidente se produjo en Brasil, los pasajeros residían en Brasil, la mayor parte de la evidencia significativa se encuentra en Brasil y por este motivo resuelve hacer lugar a la petición formulada por los demandados respecto de la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*.

CONCLUSION

En líneas generales la Justicia Norteamericana ha admitido las mociones interpuestas por los demandados respecto de la solicitud de dirimir el caso a un foro más conveniente (*forum non conveniens*).

Sin embargo es importante destacar que tanto bajo el amparo de la Convención de Varsovia como la Convención de Montreal la aplicación de esta doctrina resulta ser un caso de excepción, es decir, en principio debe

respetarse el foro elegido por el actor salvo que realmente existan intereses privados y públicos que justifiquen dirimir el caso a un foro más conveniente.

Los países Latinoamericanos aún no están familiarizados con esta doctrina por lo que lógicamente no existen precedentes jurisprudenciales al respecto.

Por ser una Convención muy reciente no existen muchos casos jurisprudenciales referidos a la aplicación de la quinta jurisdicción ni tampoco a la admisión de la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*.

Habrá que esperar que de a poco se vaya formando una línea jurisprudencial en cada Estado Parte de la Convención que fije una postura respecto de todos aquellos puntos que han generado debate tanto a lo largo de la elaboración del texto de la Convención como al momento de aplicar la misma, como ser: concepto de residencia habitual y permanente, concepto de acuerdo comercial, aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*, etc.

JURISDICCIÓN ADICIONAL:

Para cerrar la presente exposición creí oportuno poner de manifiesto que La Convención de Montreal también prevé en su Art. 46 una jurisdicción adicional.

El artículo 45 de la Convención establece – tal como lo hace el Sistema Varsovia – el derecho del pasajero damnificado de entablar una acción de daños tanto contra el transportador de hecho (ejecutor del transporte) como de derecho (emisor del ticket aéreo) dejando libre la opción en cabeza del actor, es decir, este tiene opción de demandar a ambos, o a uno de ellos indistintamente. La última parte de dicho artículo establece que si el actor inicia la acción solo contra uno de los transportadores, este tendrá derecho a citar a juicio al otro transportista rigiéndose el procedimiento y sus efectos por la ley del tribunal que conoce el caso.

El Art. 46 – al referirse a la acción de daños prevista por el Art. 45 – agrega que, la misma deberá iniciarse a elección del actor en el territorio de uno de los Estados Parte y ante uno de los tribunales en que pueda entablarse una acción contra el transportista contractual o transportista de derecho según los 5 fueros instaurados por el Art. 33. Asimismo – y aquí el “fuero adicional” – establece la opción de iniciar la acción de daños en el tribunal en cuya jurisdicción el transportista de hecho tenga su domicilio o su oficina principal.