

R11B0X003
6/12/07

**EL DERECHO APLICABLE
A LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES EN TIEMPOS DE
INTERDEPENDENCIA ECONÓMICA**
Reflexiones sobre la reglamentación
general de los contratos internacionales
en los estados del MERCOSUR*

Paula María Ali**

No todo es contractual en el contrato, decía Durkheim. (...) Si el acto de la firma es tan angustiante, es porque siempre tiene algo de fatal: quien firma el contrato se asigna un destino en gran parte desconocido y, como Edipo, desencadena un universo de consecuencias, las que están inscriptas en la red de reglas jurídicas a las que el contrato hace referencia y de las que el signatario no tiene conciencia.

*Pierre Bourdieu*¹

1. Introducción

Las relaciones privadas internacionales han adquirido en los últimos tiempos un rol de gran trascendencia como consecuencia, por un lado, de la denominada "globalización"¹ y, por otro, de la formación de grandes bloques o megabloques con objetivos

* La autora desea agradecer los comentarios e intercambios de ideas realizados por Jorge R. Albornoz.

** Profesora de Derecho Internacional provado de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.

¹ P. Bourdieu, *Las estructuras sociales de la economía*, Maximalia Buenos Aires, 2001, p. 20E.

² Para advertir que la globalización -si bien no es un fenómeno nuevo como muchos aducen- se ha convertido en una de las "claves interpretativas" del mundo contemporáneo. El concepto polisémico del término ha llevado a que se lo utilice de manera absolutamente amplia, para describir un extenso y complejo conjunto de procesos que aparecen entrecruzados e interrelacionados entre sí. Entre dichos procesos el autor destaca "la creciente autonomía adquirida por la economía en relación a la política, la emergencia de nuevas estructuras de decisión que operan en tiempo real y con alcance planetario, las alteraciones en curso de las condiciones de competitividad de empresas, sectores, regiones, países y continentes, la desarticulación de los derechos, la desrationalización de las formas institucionales y la descentralización de las formas políticas del capitalismo, la uniformización y la estandarización de las prácticas comerciales a nivel mundial, la desregulación de los mercados de capitales, la interconexión de los sistemas financieros y de seguridad e escala global, la reorganización geográfica de las inversiones productivas y la volatilidad de las inversiones especulativas, la unificación de los espacios de reproducción

nacionales" exigen un replanteamiento de las soluciones jurídicas para brindar respuestas acordadas, precisamente, a esa heterogeneidad que presenar.

Cuando se realizan operaciones de exportación e importación los operadores comerciales actúan desde un medio ambiente nacional hacia un medio ambiente social y económico extranjero, a través de la estructura del sistema internacional económico y comercial. Desde la perspectiva jurídica, el examen del comercio internacional implica entonces el análisis de que una empresa (o el individuo particular) se mueve en dos mercados por lo menos, con sus propias reglas y normas que regulan el flujo de bienes y servicios; es decir, hay productos que no sólo circulan en mercados y economías diferentes sino que, además, se mueven a través de ordenamientos jurídicos distintos. Esto suscita, sin lugar a dudas, vinculaciones de orden jurídico.

Las obligaciones contractuales constituyen uno de los instrumentos fundamentales del tráfico jurídico tanto interno como internacional. En ambos planos se puede comprender las transformaciones socioeconómicas condicionantes de cada período histórico, teniendo su reflejo fundamental entre la tensión entre la autonomía individual y la autoridad de la ley. Así, desde el ángulo de su reglamentación, el derecho de las obligaciones contractuales constituye uno de los sectores donde se puede observar de manera clara como operan la pluralidad de métodos y de procedimientos normativos que utiliza el Derecho internacional privado (DIPr) y ello, en virtud de la complejidad de protagonistas y de la pluralidad de intereses contrapuestos.⁸ Si se mira con atención las diferentes regulaciones de la ley aplicable a las obligaciones contractuales se visualiza un escenario donde conviven las clásicas normas de conflicto de fuente interna, las normas de fuente internacional —ya sea de derecho material uniforme o de derecho conflictual uniforme—, junto a normas elaboradas por los propios operadores del comercio internacional —la denominada *new-law merchant*, nueva *lex mercatoria* o *ius mercatorum*—.

En este sector, la tensión entre los intereses presentes en el tráfico externo se muestra con gran intensidad. El modelo de Estado social contemporáneo conlleva la intervención de éste en los procesos económicos establecidos a través de los contratos.⁹ Por otra parte, los intereses de los sujetos privados, protagonistas del cambio contractual, están presentes en un alto grado en el complejo mundo de las relaciones contractuales internacionales. La constatación de tal pluralidad de intereses lleva aparejada la necesaria atomización de los mismos a través de distintas respuestas técnico-jurídicas; a fin de poder brindarlas resulta necesario lograr una interacción de distintos objetivos de política legislativa y métodos de reglamentación.¹⁰

En el contexto de las relaciones internacionales contemporáneas que se configuran a raíz de los procesos económicos y políticos actuales, el comercio, los negocios interna-

8 Véase W. Bultrelli, *Contratos Mercantiles*, 11ª ed., Ediz. Atlas S.A., São Paulo, 1995, pp. 25-26.

9 J. A. Pérez Bértiz, "Las obligaciones contractuales" en: A.A.V.V., *Lecturas de Derecho Civil Internacional*, Temos, Madrid, 1996, p. 247 y E. Jayme, "Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire. La protection de la personne humaine face à la globalisation", *Revue de Droit International*, 2000, p. 33.

10 J. Wilner, *Introducción al Derecho Económico*, 4ta ed., McGraw-Hill, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, pp. 1-3.

11 J. Canasas González, *El Contrato Internacional (Evolución del contrato mercantil)*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 25-26.

principalmente económicos. Si bien los "procesos de integración regional" han nacido como una asociación económica no se debe agotar todo en este sentido, ya que resulta necesario implementar criterios comunes en aspectos no sólo económicos, sino también políticos, sociales y jurídicos.¹¹ Esto se entiende si se concibe a la integración no como un fin en sí misma sino como un medio viable para el desarrollo y crecimiento.¹² El punto de partida de la asociación regional es la supresión de los derechos aduaneros y las trabas arancelarias con miras a lograr la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países integrados, pero sin la incorporación de elementos que no sean estrictamente económicos, el espacio común es de difícil realización.¹³ A tal fin, se pueden poner en marcha una serie de mecanismos que coadyuvan a los habitantes y empresas de los Estados comprometidos a lograr una adaptación progresiva a las nuevas condiciones determinadas.

En términos generales, los procesos de integración regional han sido considerados como oportunidades para facilitar y acelerar las negociaciones, máxime teniendo en cuenta que muchas veces el comercio internacional se ve afectado por la imposición de diversas barreras; sin embargo, con el transcurso del tiempo dichos procesos son vistos ya no como simples oportunidades pasajeras o esporádicas, sino como herramientas útiles capaces de promover el desarrollo económico de los países involucrados.¹⁴ Constituye un dato evidente en este sentido el aumento exponencial de relaciones jurídicas privadas vinculadas con dos o más Estados; pero no se asiste solamente a un crecimiento cuantitativo, sino que esos vínculos, esas transacciones económicas han adquirido en la práctica una complejidad tan enorme que muchas veces, los "casos insuprativistas multi-

11 M. Kaplan, "Estado y globalización. Regulación de flujos financieros", en: M. Kaplan/ J. Manrique Campos, *Regulación de flujos financieros internacionales*, México, Instituto de Investigaciones Económicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 32-37 y J. F. Malsen Seta, *Globalización, comercio internacional y cooperación*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 175-176.

12 A. Dreyfus de Klor, "Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado en el próximo siglo en Argentina", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Número especial 2000, pp. 71-72.

13 V. Andrés, "Globalización y ética en el fin de siglo" en: C. Ghersi (dir.), *Derecho privado económico*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, pp. 16-18.

14 Los Estados parte de Mercosur asumieron el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes (art. 1 del Tratado de Asunción).

15 R. Bustamán, "Alta-Comercio interamericano: opción e complementabilidad" en: A. Crepeza García (coord.), *ALCA: un debate sobre la integración*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, México, 2003, p. 23-4.

cionales y las inversiones crecen con muchísima rapidez. Dentro de este marco el contrato internacional se presenta como un instrumento insustituible y de trascendencia indiscutible; el contrato es un vehículo típico para el desplazamiento de cosas, derechos y servicios entre los sujetos que participan en el mercado. En tiempos en los que la celeridad, la existencia de reglas jurídicas claras, ágiles y flexibles constituyen valores esenciales en la motorización del comercio internacional, el derecho de los contratos se presenta como un tema complejo y de vastas aristas que merece ser considerado.¹²

Todos los contratos implican un intercambio y en un mercado de competencia perfecta esas transacciones se realizan sin fricciones ni roces, pero en la vida real no sucede así: los intercambios pueden encontrarse con numerosos problemas. Todas las operaciones que se celebran y realizan dentro del sistema jurídico de un Estado (en una "economía cerrada"), quedan protegidas por el sistema normativo de ese país. Ahora bien, la implementación coactiva del sistema jurídico-provado tiene lugar exclusivamente dentro del territorio del Estado. Frente a estas relaciones internas en cambio, las transacciones privadas internacionales se realizan en un mundo jurídicamente fraccionado y, al no existir un Estado planetario, el comercio internacional se desarrolla a la sombra de sistemas jurídicos compartimentados, y por ende cada Estado sólo garantiza la "seguridad en el intercambio" dentro de su territorio.¹³

El hecho de que las operaciones internacionales se celebren en un mundo de compartimentos jurídicos aumenta los riesgos de los intercambios y, por ende, la inseguridad. En la medida en que en un mundo fraccionado jurídicamente hay una pluralidad de sistemas jurídicos resulta necesario determinar cuál es el marco jurídico en que se produce ese intercambio.

El contrato internacional es un instrumento sumamente permeable y sensible a las transformaciones y mutaciones de índole económica y social y por ello, en los tiempos que corren, "a un contrato más dinámico y polivalente deben corresponder nuevas figuras jurídicas que permitan tal funcionalidad".¹⁴

Nuestra preocupación se centra en el desarrollo de las relaciones jurídicas internacionales desde la óptica privada, y por ello no podemos sustraernos ni permanecer ajenos al fenómeno de la integración.¹⁵ Con relación a los contratos transfronterizos a través de

12 Tal como lo señala Espinar Vicente, la noción de contrato económico internacional posee un contenido europeo de difícil realización: sin embargo, existen otros rasgos o notas características que deben ser puestas de relieve. Así, "por una parte, la de trascendencia económica del objeto del negocio; por otra, la de la posición relativa de poder en el medio comercial internacional de los sujetos del acuerdo y, por último, desde un punto de vista jurídico, la de la incorporación al contrato de un deber de disposiciones unilaterales a desconocerlas, de todo, rano de las jurisdicciones nacionales, por vía de arbitraje, como de los Derechos estatales a través de un mecanismo de control de sus cláusulas y de la remisión, íntica o expresa, a los usos y costumbres del comercio internacional por todo lo no específicamente previsto en ellas". Véase J. Ma. Espinar Vicente, *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*, Editorial Revista de Derecho Privado-Estudios de Derecho reunidas Madrid, 1979, pp. 23-24.

13 F. J. Garcemartín Alférez, "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, 1995, núm. 2, Madrid, 1995, p. 15-20.

14 J. Carrascoso González (nota 11), p. 23.

15 Fernández Rozas señala que dentro de cualquier proceso de integración el papel del derecho, y en particular del DInt, cobra una relevancia esencial debido a que la integración requiere a este ordenamiento por su virtualidad para favorecer la coordinación de los sistemas jurídicos de los países participantes sin menoscabar la intensidad cultural de los individuos a través

El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica

los cuales se instrumenta la circulación de bienes en el MERCOSUR, nos encontramos con un panorama normativo extremadamente inadecuado. No existe aún ninguna norma "comunitaria" que resuelva con carácter uniforme y general esta problemática.

Este trabajo no pretende realizar un análisis exhaustivo de las normas de fuente interna e internacional de los Estados parte de MERCOSUR, solamente intentaremos realizar algunas precisiones acerca de las simetrías y asimetrías existentes entre los diversos ordenamientos normativos con la finalidad de permitir un análisis global de la reglamentación de las obligaciones contractuales en este ámbito regional.

No pasa inadvertido para nadie que un significativo grado de integración económica va asociado necesariamente a un nivel de uniformización jurídica que se precisa, ante todo, para garantizar la supresión de restricciones a la actividad económica transfronteriza en el marco de la integración así como para ordenar las relaciones comerciales con el exterior.¹⁶ Otro dato a tener en cuenta es que concurran en este sector del tráfico jurídico normas procedentes de distintas fuentes: internas, internacionales (de derecho material uniforme y de derecho conflictual uniforme) e, incluso, normas elaboradas por los propios operadores del comercio internacional (la nueva *lex mercatoria*). Hoy día, hacer un análisis del derecho aplicable a las obligaciones contractuales que ignore esta concurrencia de métodos y de procedimientos normativos sería hacer una abstracción de la realidad.¹⁷

Mucho se debate sobre el futuro del MERCOSUR como bloque de integración, sobre sus luces y sus sombras, sus avances y sus retrocesos, sus crisis y sobre si constituye un mercado común o una unión imperfecta en términos estrictamente económicos. Lo cierto es, y en eso coincide la gran mayoría, que "todo lo que se ha hecho o se ha provocado en materia de DInt" ha marcado un antes y un después en muchas cosas, a punto tal que los ordenamientos implicados en el proceso ya no volverán a ser los mismos.¹⁸

16 Del respecto de la diversidad jurídica, J. C. Fernández Rozas, "Ornamentaciones del Derecho Internacional Privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Número especial 2000, p. 13.

17 Puede consultarse E. A. Del Miguel Astasio, "Integración Europea y Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (Centro de Estudios Públicos y Constitucionales), 2, vol. I, julio-diciembre de 1997, Madrid, 1997, p. 414 y J. Tugores, *Economía Internacional. Globalización e Integración regional*, 4ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 5-8 y 258-259.

18 Véase M. A. Clure Calhoun, *El Derecho Internacional Privado ante los Procesos de Integración con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, pp. 12-15.

19 Entre los objetivos del MERCOSUR se menciona también el "compromiso de los Estados parte de armonizar sus respectivas legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración" (art. 1 del Tratado de Asociación). En este sentido es bueno recordar que también el Tratado de la Comunidad Económica Europea prevé la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común (art. 2, hi. Véase D. Ventera, *Asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Un desafío de unificación inter-regional*, Manole, Madrid, SP, 2003, p. 35.

20 D. P. Fernández Arroyo, "Palabras preliminares", en: D.P. Fernández Arroyo (coord.), (nota 2), p. 32. Fernández Rozas señala que es indudable que cualquier proceso de integración supone una transformación sustancial del enfoque tradicional del DInt. Así, la integración tiende a producir en este ámbito tres alteraciones de base: "en primer término, genera una nueva noción de uno de los presupuestos básicos del DInt como es el territorio de la frontera, en segundo lugar, al existir una marcada tendencia en cualquier proceso de integración hacia la unificación de legislaciones en el sector productivo, queda igualmente alterado el otro de los presupuestos de base de este ordenamiento: el pluralismo de sistemas; por último, y habida cuenta que en todo proceso de derecho comunitario suelen aparecer numerosas lagunas, la nueva entidad experimenta una tendencia a la codificación directa de ciertas materias de DInt". J.C. Fernández Rozas (nota 15), p. 15. Debe dejarse a salvo que las normas de MERCOSUR no constituyen derecho comunitario a fin de no incurrir en errores.

Abordar el tratamiento de los contratos desde el ángulo de *iusa internacional* y desde el punto de vista de la *reglamentación mercosureña* en particular, impone repasar ciertos aspectos que hacen al encuadramiento del tema.

II. La noción de contrato internacional y su reglamentación

El sistema de normas aplicables depende, como en todo caso internacional, del contexto jurisdiccional en que se analice el tema, por cuanto cada ordenamiento nacional posee un sistema de fuentes cuyos contenidos difieren entre sí.

La *determinación de cuándo una relación jurídica configura un contrato internacional resulta vital a los efectos de precisar, no sólo si las partes estarán habilitadas a prologar la jurisdicción* (y en su defecto, qué tribunales tendrán jurisdicción para conocer y decidir el caso *insprivatisse multinationali* según las normas aplicables), sino también para dilucidar qué derecho regirá el fondo de la cuestión. No encontramos una calificación única de contrato internacional; en principio, podría conceptualizarse como aquél cuyos elementos se encuentran radicados en diferentes ordenamientos jurídicos²⁰, es decir, que aparece vinculado a más de un orden jurídico a través de cualquier tipo de conexión (personal, material, territorial)²¹, sin embargo, su definición varía en las distintas fuentes normativas e incluso algunas de ellas no especifican siquiera cuáles son los criterios para su determinación²².

20 Así lo ha señalado C. Alfonso, *Regimen internacional de los contratos*: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1950, pp. 6-8.

21 C. Espigares Mora, "Regimen general de la contratación internacional" en J. C. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del comercio internacional* Euvlex, Madrid, 1994, p. 273.

22 Véase con relación a este tema el análisis efectuado por G. A. Lorenzo Iriarte, "¿Cuándo un contrato es internacional? Análisis desde una perspectiva regional" en: *Labor. Análisis*, Jürgen Sumfleber, Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 103-152, especialmente en lo atinente al criterio prevalente en el MERCOSUR y los trabajos de H. Barmos, "La determinación de la ley aplicable al contrato internacional en ausencia de elección de derecho por las partes: estudio de derecho comparado", Suiza, América Latina" en: *Libro Homenaje a Horacio Villalobos*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 127-130 y de I. (Parte 1): *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1874-2000)*, Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002, pp. 545-560. También, M. Vargas Gómez-Urribe, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, Oxford, México, 2000, pp. 94-103; y M. B. Noudi Touche, "Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Revista del Derecho Comercial y los Obligaciones*, Mex. 169/174, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 422-423. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 no contienen definiciones del contrato internacional. El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales acepta un concepto amplio de la internacionalidad del contrato ya que no importa, a los efectos de definir o calificar, una relación contractual con: "internacional la naturaleza (personal, real o local), ni la intensidad (mayor o menor conexión con unos ordenamientos), ni la relevancia del elemento extranjero: de esta naturaleza, cualquier día de extranjería es presupuesto de internacionalización de la relación jurídica contractual". Tanto la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (art. 1.1) como el Convenio sobre ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de La Haya de 1986 (art. 1) al determinar la internacionalidad del contrato en función de que los establecimientos de las partes en Estados diferentes, más allá de que también abarca el Estado de la residencia en el supuesto de que alguna de las partes no hubiera establecido. La Convención de México de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales establece que el contrato es internacional si las partes del mismo no tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte. En el Inter-Argentine de fuente interna, por ejemplo, no encontramos una calificación de contrato internacional; sin embargo, *Bojwanto* a partir de los arts. 1205 a 1214 del Código Civil señala que es posible afirmar que el contrato (de compraventa) es internacional si existe una conexión, real de relevancia de reconocimiento en el extranjero. A. Boggiatto, *Derecho Internacional Privado*, Tomo II, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 372-373. La juris-

La internacionalidad es una nota distintiva de ciertos contratos que genera diferencias dudas: de un lado, la referida al ordenamiento jurídico en cuya órbita debe ser insertado. Ello así, por cuanto no existen los contratos *sub ley*, absolutamente desprendidos de todo sistema jurídico nacional, convencional o comunitario. De otro, la relativa a las posibilidades de autorregulación y la compatibilidad de las normas creadas por los contratantes para regir su relación específica, con el o los sistemas jurídicos nacionales con los cuales el contrato se vincula. De un tercer lado, el problema de la determinación de los tribunales, oficiales o privados, ante los cuales deberán ser planteadas las controversias que eventualmente lleguen a suscitarse. Vinculada con esta última cuestión, aparece el tema del reconocimiento y ejecución de sentencias, cuando las mismas han sido emitidas por jueces estatales o árbitros que actúan fuera del territorio del Estado en que se necesita el reconocimiento. Existe, en síntesis, una tríloga de cuestiones que constituyen la base para la construcción de toda la problemática que generan las relaciones jurídicas privadas internacionales. De allí la importancia que tiene determinar en cada supuesto si se está ante un contrato interno o internacional atento a que, en esta última hipótesis, se presenta una multiplicidad de problemas derivados de la referida tríloga²³. Una vez precisada una multiplicidad de problemas derivados de la referida tríloga, además de la problemática jurisdiccional, el tema atinente a la determinación del derecho aplicable; así, el rol asignado a los pactos de *lege venienda*, las normas de conflicto subsidiarias (de fuente interna o convencional) que entran en el escenario del juego contractual; y las normas materiales referidas a contratos precisas ser analizadas con cuidado.

Una nota característica que se observa en los cuatro Estados parte del MERCOSUR tiene que ver con la nota de dispersión en lo que se refiere a la organización de las normas del DIPT. De un lado, se observa una dispersión formal, que consiste en que las normas correspondientes a los distintos sectores del contenido del DIPT aparecen diseminadas por todo el ordenamiento, en códigos y leyes especiales. De otro, existe también una dispersión, quizás de mayor complejidad, que es la relacionada con la metodología, con la concepción misma del DIPT que subyace a cada norma específica. Las disposiciones normativas se han ido creando en diferentes momentos, en coyunturas políticas y económicas muy distintas, respondiendo la más de las veces a intereses diferentes²⁴. Si bien esta dispersión abarca todo el sistema normativo de DIPT, en materia contractual se hace sentir con mayor intensidad, tal vez por el marcado tinte económico y comercialista que caracteriza la formación y la consolidación del bloque de integración regional mercosureño.

Las diferentes relaciones y entrecruzamientos que se producen entre las distintas dimensiones del sistema de DIPT siempre han sido complejas y lo siguen siendo. No constituye un dato menor que los cuatro Estados parte del MERCOSUR otorguen al de-

prenderse según la extensión que el contrato es internacional: "si su naturaleza nacional, pues en cualquier caso o más mercados nacionales, o existe una conexión real de relevancia de reconocimiento en el extranjero". C. Alfonso, *op. cit.*, p. 11.

Sala II, 16-08-1980 "Sala III, 16-08-1980", *Suplemento de Hinc. Ejez y no*, L.L., 1990-E, pp. 182-88.

23 Véase el análisis efectuado por J. Abonzo y M. Ali, *Crónica Documentaria*, Ediciones Jurídicas Cívicas, Montevideo, 1992. 24 D. P. Fernández Rozas, "Configuración sistémica del derecho interno anual privada del MERCOSUR", en: D. P. Fernández Rozas (ed.), *op. cit.*, pp. 80-85.

cho convencional en general un tratamiento diferente, incluyendo esto las reglas que han ido generando los órganos de integración. La jerarquía normativa asignada a las normas no responde tampoco a criterios homogéneos y las normas de fuente interna complementadas para regular las situaciones de tráfico externo contractual también difieren. Siwell se oye que las normas convencionales existentes tampoco han sido ratificadas por todos los países que componen el bloque. Aunque no lo sea tanto, así descripciones las cosas, el panorama suena—sino augurante—desolador.²⁵

Sabido es que la tendencia general que se advierte a nivel mundial es la consagración de la autonomía de la voluntad para elegir el derecho aplicable a las relaciones contractuales internacionales.²⁶ Las partes que intervienen en una transacción de esas características gozan de amplios poderes para elegir la ley aplicable a sus relaciones y para determinar el contenido material del contrato. Ahora bien, en el supuesto de que no ejercen tal facultad, entrar a regir las normas subsidiarias que, como veremos a continuación, pueden variar entre las conexiones rígidas clásicas (lugar de celebración y lugar de cumplimiento) y aquellas formulas flexibles que aluden a los vínculos más estrechos (estableciendo o no, en su caso, presunciones).

Conteremos nuestro análisis, en primer lugar, en las normas de fuente convencional—algunas ratificadas por todos o parte de los Estados del Mercosur, otras no vigentes pero en las cuales participaron dichos Estados y, finalmente, normas que si bien no están vigentes en el ámbito americano han servido de base en la elaboración de disposiciones convencionales. En segundo lugar, nos detendremos en el estudio de las normas de fuente interna de cada uno de los países, haciendo especialmente hincapié en el reconocimiento y validez de los *pactum de lege uenda* y las normas aplicables para regir las obligaciones contractuales.

1. *Tratados de Montevideo*

Argentina, Uruguay y Paraguay se encuentran vinculados por los *Tratados de Montevideo*.²⁷ Ahora bien, el derecho aplicable a los contratos internacionales se encuentra regulado, en forma general, en los *Tratados de Montevideo de derecho civil internacional de 1889 y 1940*.²⁸ Por su parte, el *Tratado de Montevideo de derecho comercial terrestre*

25 Véase D. F. Fernández Arroyo, "El futuro del Mercosur: la reglamentación mercosureña en materia de contratos internacionales desde la escomisión borgerina", *Revista Americana de derecho Internacional Privado*, Número especial, 2000, pp. 34-35. El autor utiliza la figura del "laberinto borgeriano" para dar cuenta del sistema de normas de DDP sobre contratos internacionales vigentes en el MERCOSUR.

26 F. Nuyh, *Autonomie in International Contract*, Oxford, 1995, p. 13.

27 Véase al respecto, M. A. Curo Caldarini, "Derecho Internacional Privado de los contratos en general en el Mercosur", *Investigación y Docencia* Nro. 24, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Fundación para los Estudios Jurídicos, Rosario, 1994, p. 37. Curo Caldarini afirma que una cuestión que merece ser considerada es si estos *Tratados*, elaborados para un Derecho Internacional Privado "entre Estados", diferenciados con su vigencia en un proceso de integración como el Mercosur. Aunque la solución provoca grandes dudas, Curo Caldarini considera que merece ser tenido en cuenta que ahora nos encontramos en un proceso que cambia fundamentalmente la realidad y que los *Tratados* que conforman los *Tratados*, repuestas a la autonomía de las partes para elegir el derecho aplicable y basadas en el punto de conexión lugar de cumplimiento, no corresponden a la nueva situación que nos toca vivir.

28 B. Phillak, "Comentario a las normas de los *Tratados de Montevideo*" en J. Mossel, *Intercambio N. A. Plederesas* (dir.), *Código Civil Comentado*, Contritos, Foré general, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 457-494.

El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica

internacional de 1940, contiene disposiciones referentes al seguro terrestre (art. 12), transporte terrestre (arts. 14 a 18), prenda con registro (arts. 19 a 22) y el *Tratado de Montevideo de derecho de la navegación comercial internacional de 1940* contempla el contrato de ariste (art. 20), el contrato de fletamento y de transporte marítimo de mercaderías y personas (arts. 25 y 26), el seguro marítimo (art. 28) y los préstamos a la gruesa (art. 32).

Debemos contemplar asimismo la situación, especial en que se encuentra Brasil ya no se encuentra relacionado por estos *Tratados*. La mayor objeción brasileña al *Tratado de Montevideo de Derecho civil internacional de 1889* fue que este adoptó el criterio del domicilio cuando en Brasil regía el principio de la nacionalidad para decidir cuestiones de estado y capacidad en el plano de los conflictos de leyes. Los *Tratados de Montevideo de 1940* mantuvieron asimismo el sistema del domicilio y Brasil, que contaba con el sistema de la nacionalidad, no firmó el *Tratado de Derecho civil internacional*; es cierto que firmó alguno de los otros *Tratados*, pero ninguno llegó a ser ratificado finalmente por Brasil.²⁹

2. *Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889*

Este instrumento somete la regulación del contrato a la ley del lugar de ejecución de las obligaciones emergentes del mismo.³⁰ En lo que respecta al *pactum de lege uenda*, el silencio de los *Tratados* ha sido tradicionalmente interpretado como rechazo a la autonomía de la voluntad de las partes para escoger la ley aplicable a los contratos internacionales.³¹

B. *Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940*

Este *Tratado* rechaza los pactos de elección del derecho aplicable "salvo cuando la ley aplicable los admita".³² Entonces, la admisibilidad de la autonomía de la voluntad de los contratantes para elegir la normativa que regule el acuerdo de voluntades termina siendo resuelta por el ordenamiento interno del país cuya ley sería—en principio, y si de acuerdo con las normas de los *Tratados*—aplicable si no media pacto alguno.³³

29 J. Dolinger, *Derecho Internacional Privado*, Foré general, T. ed., Revovari, Rio de Janeiro, 2003, p. 76.

30 Este instrumento normativo debió el Título X al estallido de los "actos jurídicos", regulados en el artículo 4.º. Así, el art. 32 dispone que "la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se haga por escrito y la calidad del documento correspondiente", señalando la siguiente norma que "la misma ley reg: a) su existencia, b) su nulidad, c) su validez, d) sus efectos, e) sus consecuencias, f) su ejecución, g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea". Conlleva asimismo normas referidas a los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, o que recaen sobre cosas determinadas por su género, a cosas fungibles y sobre prestación de servicios (art. 34). Determina la ley aplicable a los contratos de permua (art. 35) y accesiones (art. 36). Asimismo en el art. 37 se refiere a la perfección de los contratos celebrados por correspondencia, o mandataria, a las obligaciones que nacen sin convención (art. 38) y, finalmente, contiene una disposición relativa a las formas de los instrumentos, públicos y privados (art. 39).

31 W. Gótschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 6.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 197. Sin embargo, Bogertino considera que los *Tratados de Montevideo de 1889* no han prohibido a las partes realizar una elección del derecho aplicable a los contratos divers de la que el derecho que proponían los *Tratados*; así, fundándose en los arts. 19 y 31 de la Constitución Nacional, no es posible negar alguna autonomía a las partes podían elegir para la elección del derecho aplicable. A. Bogertino (obra 27, p. 306).

32 El art. 5 del Protocolo Adicional dispone que: "la insuscripción y la ley aplicable según los respectivos *Tratados*, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que le asiente dicho ley".

Las pocas disposiciones atinentes a los contratos internacionales (arts. 32 a 37 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, y arts. 36 a 42 del Tratado de 1940), se limitan a proporcionar "soluciones analíticas basadas en la ley del lugar de ejecución de la obligación típica del contrato"³⁵, aunque no se deja librada la determinación del lugar de cumplimiento a lo que resulte del contrato sino que, la propia normativa se encarga de establecer, mediante presunciones o criterios localizadores, qué se debe entender en cada caso por lugar de cumplimiento.³⁶

2. Código Bustamante

El Código de Derecho Internacional Privado -Código Bustamante- fue aprobado en la VI Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana en 1928³⁷. Fue ratificado por Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, El Salvador y Venezuela.³⁸

El Código, compuesto por 437 artículos, dedica el título IV del libro primero al tema de las obligaciones y los contratos; contiene un capítulo para las obligaciones en general y otro para los contratos en general, dedicando luego once capítulos al tratamiento de los contratos en particular. En materia de contratación mercantil internacional este instrumento remite a las normas sobre contratos civiles de la misma convención (autorremisión). Si bien el Tratado no lo establece de forma expresa, la doctrina entiende que fue admitida la validez de los pactos de *lege uenda*³⁹. El principio general consagrado -siempre supletoriamente a lo dispuesto por las propias partes- es la ley del lugar de celebración como normativa para regir las cuestiones atinentes a la contratación internacional.

³⁵ Los artículos 37 y 38 del Tratado de Montevideo de 1940 reproducen en forma textual los artículos 35 y 34 del Tratado de Montevideo de 1889.

³⁶ D. Harguin G. Mihali, *Regímenes jurídicos de la contratación mercantil internacional en el Mercosur*, Julio César Fain Edición, Buenos Aires, 1993, p. 33.

³⁷ Vio, J. Samelstein, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y principio del Código Bustamante*, Buenos Aires, 1983, pp. 106 ss. Y J. Dollinger, "The Bustamante Code and the Inter-American Convention in the Brazilian System of Private International Law", *Libor Americano Jurisgentis Sanitibus*, Montevideo, 2002, pp. 136 ss.

³⁸ Cabe poner de relieve que Bolivia, Chile y Perú son países asociados del Mercosur. Dejaron de aprobar el Código a pesar de estar presentes en la Conferencia. Argentina, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Uruguay. Como se observó en Argentina, Colombia, Paraguay y Uruguay prefirieron seguir vinculados por los Tratados de Montevideo.

³⁹ Según Boggess "la inspiración maestra del Código Bustamante hubo presionar la admisión del principio de autonomía. Aparentemente todos los límites que imponen los distintos artículos del Código parecen apoyar el principio de autonomía, antes que regirlo". A. Boggess, *Contratos internacionales*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 16. Cabe resaltar que el mismo autor del Código, Antonio Sánchez de Bustamante, señaló: "Nosotros entendimos que, sin perjuicio de examinar concretamente las reglas aplicables a cada uno de sus artículos, en cuanto a la esencia misma de los contratos y a sus estipulaciones y efectos, debe prevalecer el criterio de la autonomía de la voluntad o autonomía personal, como hemos preferido llamarla en la parte general de esta obra. En virtud de las razones que allí hemos expuesto y que nos parecen innecesario repetir, el legislador debe inclinarse en materia de contratación; así la ley que las partes se den a sí mismas. Cuando lo hacen de un modo expreso, la sanción es muy estricta y, si resalta de su voluntad tácita, hay que interpretarlo aplicando a ese efecto la fórmula que también hemos expuesto en su oportunidad (...). Como la ley fundamental de los contratos es DIPR es la voluntad de las partes, estas pueden señalar expresa o tácitamente las reglas a que ha de obedecer su implementación". A pesar de las significativas palabras, no se encuentran en el Código la consuetudinaria expresa del principio de autonomía, lo cual al decir de Hernández Breón, resulta verdaderamente sorprendente. E. Hernández Breón, "Admisión del principio de autonomía o la voluntad de las partes en materia contractual: internacional, ensayo de Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 71, Caracas, 1988, pp. 385-386.

El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica

El artículo 186 del Código Bustamante establece que los contratos se rigen por la ley personal común de los contratantes y, en su defecto, por la ley del lugar de su celebración. Los aspectos atinentes a la validez intrínseca y a los efectos de los contratos se someten a la ley del domicilio común o de la nacionalidad común de las partes, y si la ley personal no fuera común al derecho del lugar de celebración. La capacidad para prestar el consentimiento se rige también por la ley personal de cada parte contratante -en virtud de lo dispuesto por el artículo 176-, derecho que será el del domicilio o el de la nacionalidad del sujeto según la jurisdicción en que se planee el conflicto (artículo 7).

3. La importancia de la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP)

A lo largo del siglo XX, varios fueron los intentos de lograr una codificación americana de normas sobre diferentes temas de DIPR⁴⁰. Si se trazara una línea cronológica o se establecieran estadíos temporales, desde el Tratado de Lima de 1878 sobre reglas uniformes en materia de DIPR -que constituye la primer obra integral de DIPR convencional que se conoce-⁴¹ pasando por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1939-40, el Código de Bustamante de 1928, el *Restatement of the Law of Conflict of Law* montevideano de 1934⁴², hasta llegar a la CIDIP⁴³, puede apreciarse un importante movimiento o proceso de elaboración de normas de ius cogens de DIPR en el continente americano.

³⁵ Véase D. F. Fernández Arroyo, *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Eudoxus, Madrid, 1994 y S. A. Vieira, "La codificación del derecho internacional privado en América", en: *Cursos de Derecho Internacional*, Serie Temática Volumen I (parte 1): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General OEA, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002, pp. 853-860.

³⁶ Los Estados signatarios de este Tratado -Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Perú y Venezuela- nunca lo ratificaron y, por ende, jamás entró en vigor. Sin embargo, posee un alto valor histórico y doctrinario.

⁴⁰ El *Restatement*, a diferencia del Código Bustamante y de los Tratados de Montevideo, no constituye una codificación con sanción legislativa, sino que es una consolidación, un reordenamiento de los principios derivados de una extensa experiencia jurisprudencial y doctrinaria de los diferentes Estados americanos elaborada por el American Law Institute, entidad compuesta por profesores universitarios y miembros del foro y la magistratura. Ver J. Dollinger (nota 29), pp. 82-83. G. Chulita y Ma. B. Nacci Jaquía, *Unificación del Derecho Internacional Privado*, *CIPIA, I y II*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1985, pp. 22-24. Sobre el *Restatement Third*, on the Foreign Relations Law of the United States (1988), véase B. Oppetit, "Le droit international privé selon savant", *Revue des Cours*, 1992, (n. 234), pp. 215-220.

⁴¹ Como lo señala Fernández Arroyo, "la obra de la CIDIP debe apreciarse a la luz de cuatro datos de distinto signo: en primer lugar, una nota de *relevancia* que se va midiendo con la amplitud de la CIDIP y que surge de la gran importancia concebida en el *Restatement*, a diferencia del Código Bustamante y de los Tratados de Montevideo, no constituye una codificación con sanción legislativa, sino que es una consolidación, un reordenamiento de los principios derivados de una extensa experiencia jurisprudencial y doctrinaria de los diferentes Estados americanos elaborada por el American Law Institute, entidad compuesta por profesores universitarios y miembros del foro y la magistratura. Ver J. Dollinger (nota 29), pp. 82-83. G. Chulita y Ma. B. Nacci Jaquía, *Unificación del Derecho Internacional Privado*, *CIPIA, I y II*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1985, pp. 22-24. Sobre el *Restatement Third*, on the Foreign Relations Law of the United States (1988), véase B. Oppetit, "Le droit international privé selon savant", *Revue des Cours*, 1992, (n. 234), pp. 215-220.

⁴² Puede verse el análisis sobre los cambios de producción jurídica del DIPR convencional latinoamericano, interamericano, interamericano y subregional en D. F. Fernández Arroyo (nota 39), pp. 246-252. Asimismo, T. de Mabele, "Evolución del Derecho Internacional Privado en el Sistema Interamericano", en: *Cursos de Derecho Internacional*, Serie Temática Volumen I (parte 1): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Organización de los Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General OEA, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002, pp. 715-716. J. Samelstein, "Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde una perspectiva europea", en: *Lipán*, y la

Las Convenciones que se han gestado en el marco de la CIDP merecen ser tenidas muy en cuenta por los países latinoamericanos⁴². Es singular el caso -dentro de los Estados parte de Mercosur- de Brasil, que pasó 19 años sin ratificar estas Convenciones y que ha producido un cambio sustancial en tal sentido⁴³.

La CIDP y sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales fue aprobada en México, D.F., el 17 de marzo de 1994⁴⁴. A pesar de que la misma no ha sido aprobada hasta el momento por ninguno de los socios plenos de MERCOSUR, ni por los asociados consideramos, no obstante, que cualquier planteamiento sobre la necesidad de armonizar las normas contractuales sobre derecho aplicable en la región no puede prescindir del análisis -siquiera somero- de las líneas directrices contenidas en la CIDP-V.⁴⁵

Uno de los aspectos que merece resaltarse en la Convención es el papel asignado a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes⁴⁶. Con respecto a la normativa aplicable a los contratos internacionales⁴⁷, la Convención, en primera instancia, confiere a las partes el derecho de escoger cuál será la ley aplicable a su relación o vínculo contractual⁴⁸. El derecho

42. *Coordinación del Derecho Internacional Privado. Tercera Jornada de Derecho Internacional Privado* (San Lorenzo de El Escorial, 13 y 14 de diciembre de 1991). Estudios, Madrid, 1992, pp. 295-301 y J. L. Siqueiros, "La ratificación del Derecho Internacional Privado en el comercio internacional" en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Interamericana*, núm. 14, México, 1982, pp. 335-351.

43. La consolidación y el desarrollo del derecho en las Américas ha constituido, a la vez, una gran necesidad y una gran oportunidad y la OEA ha sido el escenario natural para el desarrollo del derecho internacional en el hemisferio americano. Véase Documento de Trabajo presentado por el Secretario General de la OEA en febrero de 1996, citado por E. Lagos, "La actual agenda jurídica de la OEA", en *Jornadas de Derecho Internacional*, Organización de los Estados Americanos, Secretaría General, Montevideo, 1999, p. 174.

44. Véase J. Domingo (nota 29), p. 82, especialmente nota 33.

45. La Conferencia Especializada Interamericana de D.I.P. es la respuesta programática de la Organización de los Estados Americanos a los países miembros que, conscientes de la existencia de principios jurídicos y de elementos auténticamente regionales de carácter social, económico, político y jurídico, requieren soluciones acordadas en un foro que las mencione (...). Los emprendimientos ALCA y COTB demuestran sobradamente que la adopción de principios comunes en materia de conciliación internacional, constituye una política de imprescindible valor en la articulación de sus respectivos proyectos. Véase al respecto A. Dreyzin de Klon, "Los principios de Chindiri", en un modelo posible con miras a la armonización del derecho de los contratos comerciales internacionales en el contexto de la integración regional en las Américas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 13, Rohnatal-Culbani, Santa Fe, 1997, pp. 454-458.

46. Véase el análisis efectuado por L. Ferrazinho Castro, "Introducción a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Anuario de Derecho Internacional Privado e Proceso*, Año XXX, núm. 4, Octubre, Diciembre 1994, pp. 765-767.

47. A pesar de que la Convención se encuentra vigente solamente entre Estados, algunas conclusiones en que "constituye un punto de referencia ineludible en la construcción de cualquier discurso acerca del D.I.P. contractual americano" (J. P. Fernández Arroyo [nota 53], p. 57).

48. F. A. Vázquez Parón, *Nuevo Derecho Internacional Privado*, Temis, México, 2000, p. 137.

49. Las normas de la Convención se aplican a los contratos internacionales (art. 1.1). El contrato será calificado como internacional si las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte diferentes o si el contrato tiene características objetivas con más de un Estado parte (art. 1.2).

50. La Convención otorga la autonomía de la voluntad en forma amplia, ya que en el art. 7.1 expresa que: "El contrato se rige por el derecho elegido por las partes". No es necesario que la ley elegida tenga algún tipo de conexión con el contrato. Las partes pueden adoptar un derecho neutral. Se evidencia la recepción expresa del principio de la autonomía de la voluntad. Juegos señala que, además, el criterio seguido por la Convención de Roma en cuanto a la elección de una ley estatal no hubo en la infraestructura jurídica interamericana de la OEA¹, ya que el art. 7.1, conforme a las partes contratantes, otorga autonomía para optar por el conjunto de reglas que deseen, sea éste el ordenamiento jurídico de un Estado o nación o un derecho no positivo como los principios de derecho. F. K. Jueger, "Os Principes de l'arbitrage sobre contratos internationaux e escolha de lei contractual interamericana" en P. E. Casillo /

El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica

aplicable puede ser elegido en forma expresa o tácita (art. 7.1), requiriéndose que la voluntad tácita se manifieste o surja de manera evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. La elección del derecho puede referirse ya sea a la totalidad del contrato o solo a una parte del mismo, admitiéndose de este modo el *dépeçage volontario*. Con relación al tiempo en que puede efectuarse la elección del derecho, el art. 8 dispone que en cualquier momento las partes pueden acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se rige automáticamente, haya sido o no éste elegido por las partes, aclarando que dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

La Convención en el art. 7.2 dispone que "la elección de un determinado foro por las partes no envaina necesariamente la elección del derecho aplicable". La doctrina ha considerado positiva la inclusión de esta disposición⁵¹.

Ahora bien, cuando las partes no eligieron expresamente la ley aplicable al contrato, desarrollaron conductas que pauten inequívocamente su voluntad en tal sentido, el acuerdo de voluntades queda sometido a la ley del estado con el cual tenga vínculos más estrechos⁵². Es decir que, ante la ausencia de elección por las partes, -como principio general subsidiario-, el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos (art. 10.1)⁵³. Se observa entonces que se sigue, como criterio general para la determinación del derecho aplicable, el sistema de conexión flexible o principio de proximidad.

La Convención de la CIDP V adopta criterios relativamente "globalizadores", en los que la conexión resulta aparentemente intercambiable⁵⁴. Acepta la autonomía de las partes y luego se remite al derecho del Estado con el que el contrato tenga los vínculos más estrechos. Resulta importante destacar que la Convención para determinar el derecho aplicable no establece presunciones; la doctrina de la "prestación característica" no

ESTRUC. (P.P. PROXIMIDAD)
D.I.P. DEL E
CLER. CUR
TALIG. VINCULO +
ESTRUC. (P.P. PROXIMIDAD)
AUT. VOLUNT.
SOLO APPLICABLE
ESTRUC. (P.P. PROXIMIDAD)
D.I.P. DEL E
CLER. CUR
TALIG. VINCULO +
ESTRUC. (P.P. PROXIMIDAD)

N. Dr. Asunjo (coord.), *Integración Jurídica Interamericana. Al Convenio Interamericano de Derecho Internacional Privado (CIDP) e derecho brasileiro*, LTR, São Paulo, 1998, p. 176, pp. V.

51. Así, entre otros, M. E. Noodi Taguelat, "Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados miembros" en D. P. Fernández Arroyo (coord.), [nota 2], p. 1006.

52. Señala Vargas Gómez-Urribe que el principal aporte de esta Convención es la flexibilidad del conjunto de sus disposiciones; dicha flexibilidad se concreta en el método empleado para la designación de la ley aplicable, el cual se fundamenta en dos pilares: la autonomía de la voluntad como factor de conexión y, en defecto de elección, el derecho con el que el contrato tenga vínculos más estrechos. M. Vargas Gómez-Urribe (nota 22), p. 92.

53. Véase M. E. Noodi Taguelat, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del siglo XXI*, XIV Sembr. Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995. Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado, Universidad Complutense de Madrid, España, 1997, p. 100. Noodi Taguelat expresa que "por primera vez en la esfera interamericana se ha adoptado el sistema de conexión flexible. El criterio de mayor proximidad e de los vínculos más estrechos se erige en principio general para regir los contratos. Para los países latinoamericanos con tradición de Derecho continental requiere un cambio de mentalidad importante. Aunque los resultados a los que se llega en la práctica no han de ser necesariamente diferentes, se insinúa la perspectiva general, se parte de un principio de flexibilidad que parece en un primer momento demasiado indeterminado y se permite una gran libertad al juez". En su opinión, deberá pasar un buen tiempo de aplicación de la Convención para que quienes debían utilizarla se familiaricen con el principio de flexibilidad ya que, mientras tanto, puede generarse temor e inseguridad.

54. M. A. Cumpo Caltán, "Bases para el Régimen de los Contratos en el Mercosur", *Investigación y Desarrollo*, núm. 31, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1994, p. 18.

aparece en la Convención ni como criterio para determinar el derecho aplicable ni como presunción de vínculo más estrecho con el contrato.

La CIDIP y no ha incluido ninguna presunción que guíe al intérprete en el proceso de determinación de cuál es el país con el que el contrato presenta una mayor vinculación. La solución adoptada deja totalmente libre al intérprete, en su apreciación de la realidad comercial — que en la mayoría de los casos no puede ser subsumida en rígidos criterios hermenéuticos.⁵⁶

El art. 9.2 establece que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual presenta vínculos más estrechos y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.⁵⁷ Juenger señala que los términos de esta norma, que mezcla de una manera ecléctica las conexiones tradicionales con los principios materiales, no es ideal, sin embargo, tiene — en su opinión — la innegable virtud de proporcionar a jueces y árbitros un margen de discrecionalidad que les permite recurrir a los Principios UNIDROIT, antes que a una oscura e inaceptable regla de un derecho nacional.⁵⁸

El párrafo final del art. 9 dispone que si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, en todo el fraccionamiento o *départage* legal.

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, el art. 10 permite aplicar cualquier otro derecho, "las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la

usos y prácticas.

finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.⁶⁰ Así las cosas, la *lex mercatorum* actúa como criterio orientador para el tribunal⁶¹, sin embargo, debe precisarse cuál es el alcance que la Convención le otorga a dicha *lex*, ya que se refiere a ella en varias normas — sea en forma directa o indirecta (arts. 10, 15, 9.2 *in fine*, 3).⁶² Como lo señala Vargas Gómez-Urribe, la Convención permite que la *lex mercatoria* (derecho no estatal) sea el derecho designado aplicable por la Convención (fuente normativa) y, por otra parte, permite también que sirva como mecanismo de conexión (localización) del derecho aplicable cuando este no haya sido designado o elegido por las partes, o su elección resulte inválida.⁶³

De acuerdo a lo que establece el art. 1) de la Convención, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo y sea discreción del foro, en los supuestos en que lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos. Surge de manera clara que se contempla tanto la aplicación de normas de policía del juez como de normas de policía extrajurisdiccionales: las primeras, de cumplimiento obligatorio y necesario, las segundas de cumplimiento facultativo. Por su parte, el art. 15 dispone que el derecho designado por la Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.⁶⁴

60 Resulta evidente posible la existencia de un contrato en el que las partes elijan a la *lex mercatoria* para regular sus relaciones sustanciales de su operación. La Convención de México se ha inclinado no sólo hacia la aceptación de la existencia de la *lex mercatoria* sino que además permite la posibilidad de su intervención para regular contratos. Acerca del microespacio de la *lex mercatoria* que constituye un tercer orden jurídico que no es derecho internacional, sino un derecho nuevo creado transaccionalmente por los sujetos mercatorios e interpretado y aplicado por los árbitros, véase, entre otros, Boggiano, *Derecho Internacional Público y Privado del Mercosur en la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, La Ley-Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 1998, p. 416. Según el autor: "la *lex mercatoria* no puede considerarse un derecho autónomo, un tercer orden jurídico. Más bien parece que el conjunto de reglas y principios específicos que pueden regular el tráfico mercantil de determinados sectores deben ser coordinados con los diversos sistemas jurídicos nacionales. En el ámbito de la autonomía de las partes en el *dirig* las reglas y usos de la *lex mercatoria* pueden funcionar". No existe acuerdo unánime en la doctrina acerca de si la *lex mercatoria* puede ser considerada — sobre el plano del *dirig* — como uno de los sistemas jurídicos susceptibles de ser elegido por los contratantes como derecho autónomo o si éstos sólo están facultados para referirse a una ley estatal. H. Veytia, "De la llamada *lex mercatoria* (Los usos en los contratos mercantiles en materia internacional)", en *Memoria del XVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Derecho Zona Costa 1994, pp. 280-282 y R. B. Santos Rodríguez, *El Derecho aplicable a los contratos internacionales con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1996, p. 69.

61 Véase la advertencia de Fernández Arroyo con relación a los efectos prácticos a que puede conducir esta fórmula de que la *lex mercatoria* respaldada en la Convención de México va mucho más allá que el Convenio de Roma de 1960. D. P. Fernández Arroyo, "La Convención Internacional sobre el *dirig* aplicable a los contratos internacionales: algunos comentarios a la *lex mercatoria*", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, 1995-1, p. 184. T. Maeheli señala que la flexibilización, el *culvivo* al concepto de la proximidad, la justicia de cada caso concreto, tan cercana a la inevitabilidad pragmática de juez arbitral, en estos eventos de positivos ya que determinar la solución material más deseada no constituye una tarea fácil y expone, como toda solución de carácter subjetivo, a la posibilidad de lograr tratamiento de casos iguales con diferentes resultados. Así, los fundamentos de esta solución, "regados por la facilidad de aplicar su propia norma material, con frecuencia sucumben ante la tentación de aplicar la *lex juri* y olvidan cultivar la *lex mercatoria* que el *dirig* de *lex mercatoria*". T. B. de Maeheli, "La codificación internacional en materia de Derecho Internacional Privado en el convenio universal y regional", en *Libro Homenaje a Justo Llanusa*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 156-160.

62 Véase el artículo 60; véase también: Fernández Castro (nota 46), pp. 134-135.

63 M. Vargas Gómez-Urribe (nota 21), p. 117.

64 Maeheli señala que si bien la norma no menciona los "principios" de orden público como si lo hace la Convención Internacional de Ginebra generalista — que en su art. 3) la interpretación debería realizarse en el mismo sentido — que es

55 Muchos autores manifestaron que había sido desafortunado eliminar la doctrina de la prestación característica ya que ésta podría haber constituido una pauta orientadora para jueces y partes. Para los países latinoamericanos la introducción del principio de proximidad sin la presunción de la prestación característica o de otras pautas orientadoras generó reparos en la doctrina por el miedo a la inseguridad. M. B. Noodi Taquella (nota 51), p. 1001.

56 L. Peraziano Castro (nota 46), p. 773. En opinión del citado autor deben considerarse elementos tales como: la residencia habitual o establecimiento de las partes, lugar de celebración del contrato o su lugar de cumplimiento, o bien, las conductas e intenciones justificadas por las partes, los contactos preliminares en la negociación de su contrato, entre otros. Señala también como un aspecto novedoso el mandato que hace la Convención al juez para que éste tome en cuenta, para la determinación de los elementos subjetivos y objetivos antes citados, "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales".

57 Véase H. Veytia, "La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales" en *Jurídica*, Anuario del *départage* de derecho de la Universidad Interamericana, núm. 25, 1995-II, pp. 385-396.

58 F. X. Juenger, "The *Lex Mercatoria* and Private International Law", *Uniflor Law Review*, 2000-1, p. 183. Fernández Arroyo y Juenger, al referirse al art. 9.2, ponen de relieve que "la idea de alcanzar un balance entre justicia y certeza, dando instrucciones definidas al juez, y no sólo una guía filosófica. Sin embargo, es dudoso que esas indicaciones sean suficientes en cuanto a la previsibilidad del resultado, sobre todo si se compara con la Convención europea que analiza presunciones para guiar al juez, como la de la jurisdicción característica (art. 4.2)". Véase D.P. Fernández Arroyo y C. Fernández de Aquirre, "Obligaciones contractuales: aspectos generales", en D.P. Fernández Arroyo (coord.), (nota 2), p. 939. Sobre los Principios de UNIDROIT ver especialmente: H. Krenke, "Internacional Commercial Contracts at the end of 1995", *Cruciferos de Lawyres and Lawyers*, *Jornada Unidroit: Mercosur contratos comerciales y en materia como se negocia que se desarrollará*, UADE, Buenos Aires, 12 y 13 de noviembre de 1995, S. J. Bonell, "Los Principios UNIDROIT relativos a los contratos de comercio internacional: vers une nouvelle *lex mercatoria*", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, núm. 2, Forum Européen de la Communication, 1997, pp. 1-35.

59 R. López Velarde Estrada, "Derecho aplicable en materia de contratos internacionales", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 5, Octubre 1996, pp. 70-72.

S: Hane requiere
establecer el C. no se
aplica la conv.

La Convención de México ha excluido de manera expresa el recurso en el art. 17 al establecer que "para los efectos de esta Convención se entenderá por derecho el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes".

Resta entonces señalar que preguntas quedan comprendidas dentro de la lex con-
tractus. Quedan sujetas a la ley del contrato la existencia y validez del contrato -tal como lo establece el art. 12- los derechos y obligaciones de las partes, la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato (comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria), los diversos modos de extinción de las obligaciones (incluso la prescripción y la caducidad de las acciones) y las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato (art. 14).

El art. 13 referido a la forma del contrato dispone que se requerirá por el derecho que rige dicho contrato según la Convención o por el derecho del Estado en que se celebre o por el derecho del lugar de su ejecución. Esta norma permite aplicar la ley que sea más favorable a la validez del acto. El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquellos, conforme lo establece el art. 16.

La Convención de México no ha regulado la ley aplicable a la prueba y al proceso -como si lo ha hecho el Convenio de Roma de 1980- ni ha adoptado normas específicas para los contratos con parte débil, por otra parte, tampoco resuelve el problema de la interpretación uniforme de las normas convencionales, lo que puede provocar distorsiones.⁶⁵

A pesar de las críticas que ha recibido esta Convención de gran parte de la doctrina estimo que, ante la inexistencia de normas que faciliten la contratación internacional en el Mercosur, hace aconsejable que Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ratifiquen la CIDIP y sobre contratos internacionales, a fin de contar con bases mínimas en la materia, especialmente en lo que se refiere a la autonomía de la voluntad.⁶⁶ Sin embargo, las

65. entrepreneur en los países del Mercosur que son todos ratificantes de dicho instrumento convencional. Ma. B. Noedi Tardella (nota 51), p. 1005.

66. M. Vargas Gómez-Urribe (nota 23), p. 133.

67. Más allá de las críticas que puede suscitarse este cuerpo normativo, la doctrina ha rescatado los aportes de la nueva Convención. Así, se ha destacado que "para muchos países del continente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales aparece como algo inédito, pero también lo es, la extensión con que es admitido dicho principio al permitir una elección en cualquier momento de la vida del contrato, aun cuando ya se hubiera ingresado en la etapa procesal o contenciosa; el reconocimiento de la posibilidad de varias veces para diferentes aspectos del contrato -abarcando una unidad que hasta ahora era sostenida como algo sin discusión- y, asimismo, en la facilidad de elegir un derecho sin hacer síjuno con el contrato, quedando por ver si las partes tienen la posibilidad de seleccionar de una manera directa a un derecho extrajudicial. La solución sostendrá -basada en el cetero de las leyes más estables pero sin apartar, conjuntamente, indicios de cual puede ser la prestación característica del contrato- también es algo original en los países latinoamericanos en donde siempre ha existido una presunción por hacer que el regidil juez se habilite a decidir". Véase al respecto R. B. Santos Belandier, El Derecho aplicable a los contratos internacionales con capital extranjero en el contrato de transferencia de tecnología, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1996, pp. 10-11.

68. Con excepción de las regulaciones sobre jurisdicción internacional en materia contractual, Promoción de Buenos Aires de 1994 y Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Protocolo de Las Juntas de 1995.

68. Ma. B. Noedi Tardella (nota 51), p. 134.

Diferencia
el contrato
México y
C. Roma

posturas no son pacíficas en este tema.⁶⁸ Con relación a Brasil, parte de la doctrina de ese país sostiene que una solución que permita utilizar de manera segura el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales sería suscribir el artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil por las normas de la CIDIP y, de esta forma, la Convención serviría, de un lado, para regular los contratos internacionales entre los países latinoamericanos y, de otro, como regla conflictual para todas las relaciones contractuales⁶⁹ ajenas al ámbito de aplicación convencional, superando de ese modo, la frecuente dicotomía entre fuente convencional y fuente autónoma.

4. La reglamentación contractual en la Unión Europea

Se ha señalado con acierto que, sobre todo en el plano jurídico, la Unión Europea ha actuado de espejo en el que mirarse para comprobar tanto la validez de los objetivos marcados como el éxito de los resultados alcanzados.⁷¹ La Unión Europea, como paradigma de integración regional, ha servido y sirve -más allá de las opciones que esto pueda merecer- en muchos casos de modelo normativo, no solamente en el ámbito mercosureño sino en el latinoamericano.

Si bien el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante CR) no está vigente para ninguno de los Estados Parte de MERCOSUR, lo cierto es que ha servido de antecedente -cuando no de base- para la elaboración de la CIDIP y de México. Por tanto, centraremos nuestra atención por un momento en algunos de los aspectos principales de dicho instrumento convencional. Este Convenio se aplica a las obligaciones contractuales de carácter internacional.⁷² Con relación a la determinación del derecho que rige el fondo del contrato, el CR diferencia dos supuestos: de un lado, aquellos casos en que los contratantes se encuentran en una situación de igualdad o paridad contractual (contratos celebrados entre operadores económicos en ejercicio de sus actividades profesionales); aquí, las normas (arts. 3 y 4) son, en principio, neutrales y ya que no benefician ni perjudican a ninguno de los contratantes cuando se intenta determinar el derecho que rige el contrato. El CR establece reglas generales aplicables a todos los contratos; dichas reglas son bilaterales y de carácter dualista.⁷³ Ya que descansan sobre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y determinan también la ley aplicable al contrato cuando dicha ley no ha

69. Cloro Calderi sobre esta temática expresa: "Aunque tenemos reparos para que se triplique con alcance internacional, una convención que, alejándose de las tradiciones romanísticas por sendas de excesiva inseguridad y ahorrado paso a quizás inevitables presiones sobre los jueces del tema discrecionalidad para quienes resuelvan los casos, creemos que tal vez con un Protocolo Adicional o alguna declaración interpretativa podría haber servido en el marco de relativa interculturalidad de un proceso de integración como es el Mercosur, pero habría un grave inconveniente en que la obligatoriedad del acuerdo se extendiera también a otros países no integrados". M. A. Cloro Calderi (nota 54), p. 20.

70. Véase N. De Araújo, Direito Internacional Privado, Teoria e Prática Brasileira, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2005, p. 324.

71. En este sentido véase C. Espinosa de Moig, "Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho privado y del Derecho Internacional Privado en Europa", Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 20, Rubricajur (Culzon), Saint Etienne, 1994, p. 481-496.

72. El art. 1 establece que las disposiciones del Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales.

73. J. A. Pérez Berio (nota 9), p. 266.

sido elegida por las partes. De otro lado, se observan dos supuestos que se caracterizan por la presencia de una parte que se encuentra en una posición más débil con relación a su cocontratante: de allí que existan normas especiales para contratos celebrados por los consumidores (art. 5) y contratos de trabajo (art. 6).⁷⁴

LIBERTAD DE ELECCIÓN

El art. 3.1 dispone que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. La elección deberá realizarse en forma expresa o resultará de (manera) clara de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. El art. 3.1 in fine acepta la posibilidad de que las partes puedan designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato, admitiendo así el *depeçage*. Puede gustar o no —señala Fernández Arroyo—, pero es difícil discutir que el Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, sólo ha cuando admite la elección de una ley estatal, y que, aun cuando se permita el recurso a la *lex mercatoris* por la vía de la autonomía material (incorporación), su aplicabilidad estaría supeditada a la no contradicción con las normas materiales imperativas de la *lex fori* y de terceros Estados, en su caso.⁷⁵

El como lo permite el art. 3.2 los contratantes pueden elegir el derecho aplicable al contrato en cualquier momento, es decir, antes, durante o después a la conclusión del mismo. Del mismo modo, las partes pueden modificar la elección realizada en un primer momento a favor de otra ley, incluso, les está permitido cancelar la elección de ley que hubiesen realizado, de modo que el contrato pasara a ser regido por el derecho designado por el art. 4. El art. 3.2, señala así que el cambio de ley aplicable podrá perjudicar la validez formal del contrato a efectos del art. 9 (forma) y no afectará a los derechos de terceros.

De acuerdo a lo establecido en el art. 4.1, a falta de elección por las partes o cuando dicha elección no resulte válida, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Esta norma encuentra su base en el principio de proximidad. En los párrafos siguientes de esta norma (art. 4.2, 3 y 4) se fijan una serie de reglas que permiten presumir cuál es el derecho del Estado que está más estrechamente vinculado con el contrato.⁷⁶ Finalmente, el art. 4.5 estipula la fijación de la ley del contrato a través de un método casuístico que funciona cuando las anteriores presunciones no operan o cuando existe un Estado con el que el contrato presenta vínculos más estrechos que aquel país al que conducen las ayudas presunciones.⁷⁷

74 A. L. Calvo Caravaca / J. Carrasosa González, "El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980" en: A. L. Calvo Caravaca / L. Fernández de la Cuesta (dir.), *Contratos Internacionales* (coord. J. Carrasosa González), Tercera, Madrid, 1997, pp. 64-65.

75 D. P. Fernández Arroyo, "Certeza y falsedad del Derecho comunitario europeo en la reglamentación de las relaciones privadas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003-2, Rubizabal-Culzani, Santa Fe, 2003, pp. 630-631. Véase asimismo C. Espinosa Mesa (nota 21), p. 275 y A. L. Calvo Caravaca / J. Carrasosa González (nota 74), p. 77.

76 Jueguer ha sostenido que las disposiciones de la Convención de Roma sufren de serias deficiencias. Así, critica la fórmula utilizada en el art. 4.1, considerándola insatisfactoria y problemática ya que deja en duda la decisión del caso hasta último momento, dependiendo también de la sanción del juez o del arbitro y, por tanto, los resultados a que puede conducir el criterio pueden variar entre los Estados en la geografía y aquellos auspiciados por la tecnología. También ha criticado la utilización de la presunción casuística, sosteniendo que "el inicio de la ley de localización: los contratos por hecho de un concepto inespecífico, con un núcleo más que otro producido no constituye de administración más que de investigación. (...) el concepto de la presunción casuística no mejora el enfoque de la *proper law* como debería, sino que elenca con la idea misma de estar enriquecido, que intenta averiguar la sede de las relaciones jurídicas". F. K. Jueguer, "El derecho aplicable a los contratos internacionales" en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Interamericana, tomo 23, 1994, pp. 50-55.

77 Véase A. L. Calvo Caravaca / J. Carrasosa González (nota 74), p. 88-89.

El CR adopta entonces el principio de los vínculos más estrechos pero, para ponderar las circunstancias de cada caso en particular, tal principio opera junto con las presunciones legales establecidas en el mismo art. 4.⁷⁸ Esta norma presenta tres presunciones, a saber:

- una general, contenida en el art. 4.2, que presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde tiene su residencia habitual la parte del contrato que deba realizar la prestación característica. Si se trata de una persona jurídica, debe tenerse en cuenta el lugar donde se encuentre su administración central y si el supuesto refiere a contratos celebrados por personas en el ejercicio de su actividad profesional deberá considerarse el país en que se encuentre su establecimiento principal o, en el caso de que según el contrato la prestación debiera ser realizada por un establecimiento distinto del principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento. A fin de evitar problemas de conflicto móvil, la norma establece que la residencia del prestador característico debe concretarse en el momento de la celebración del contrato.
- Una de carácter particular (art. 4.3) que indica que cuando el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que está situado el inmueble.
- Una tercera presunción, también de naturaleza particular, se encuentra en el art. 4.4 con relación al contrato de transporte de mercancías; aquí se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde el transportista posee su establecimiento principal en el momento de conclusión del contrato si dicho país coincide con aquel en el que está situado el lugar de carga o descarga o el establecimiento del expedidor.

El art. 4.5 prevé dos casos en los cuales las presunciones enunciadas no funcionarán cuando no pueda determinarse la prestación característica y cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, diferente obviamente de aquél al que conducen las presunciones.

El art. 7 prevé la interferencia de las normas de policía en la regulación del contrato. El art. 7 establece la aplicación al contrato de las normas imperativas de terceros Estados

78 Calvo Caravaca y Carrasosa González sostienen que el concepto de vínculos más estrechos es un concepto jurídico indeterminado y que el CR no intentó de manera expresa las pautas que debe seguir el juez en su caso, es decir, no suministra un catálogo cerrado de circunstancias a valorar, e incluso la importancia de las mismas pues siempre dependerá del caso en particular que se está analizando. Se exige entonces un fuerte despliegue de actividad jurisprudencial en la que entera la sensibilidad del órgano jurisdiccional para determinar cuál es la conexión más estrecha y fijar los criterios que permitan establecerla. A. L. Calvo Caravaca / J. Carrasosa González (nota 74), p. 106-107.

79 En un contrato bilateral o de prestaciones simétricas, la prestación característica es aquella que distingue un contrato de otro, la prestación que diferencia a un contrato de los demás, la que tiene virtualidad localizadora (la entrega de la cosa en un contrato, por ejemplo), en muchos generales, no es la prestación de carácter dinerario. Véase: A. F. Schönizer, "Los contratos internacionales en el derecho privado suizo", *Revista de Derecho*, 1961, t. 132, pp. 545 ss. Pueden verse las críticas a este criterio formuladas por F. K. Jueguer, "La Convención europea sobre el derecho aplicable a obligaciones contractuales: algunas observaciones críticas desde la perspectiva estadounidense" en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Interamericana*, tomo 23, 1994, pp. 261-281.

con los cuales el caso presente vinculados estrechos, en la medida en que, según el derecho de ese país esas normas fueren aplicables cualquiera sea la ley que rija el contrato. Asimismo, el art. 7.2 dispone que las disposiciones del convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rija imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.⁸³ Se deja a salvo también la imposibilidad de aplicar un derecho incompatible con el orden público del foro (art. 16).

Mas allá de los comentarios y críticas que ha recibido este Convenio, lo cierto es que ha servido de fuente de numerosos artículos de la Convención interamericana. No obstante, si bien es cierto que existen semejanzas entre ambos instrumentos, también pueden marcarse diferencias: así, en lo atinente, por ejemplo, a la internacionalización del contrato: mientras el CR en su art. 1 establece que es aplicable a "las situaciones que entran en conflicto de leyes", admitiendo que la sola voluntad de las partes internacionalice un contrato de carácter nacional el art. 1 de la Convención de México dispone que la sola voluntad de las partes no es suficiente para internacionalizar un contrato, exigiendo que dicha internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diferentes. Ambos instrumentos aceptan la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho aplicable (art. 7 Convención de México, art. 3 CR) y en defecto de elección, consideran que el contrato se regirá por la ley del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos (art. 9 Convención de México, art. 4 CR), adoptando de esta forma una conexión flexible. Sin embargo, la Convención de México contempla las presunciones del Convenio europeo y suprime la noción de prestación característica como criterio orientador. La Convención de México permite pactar normativas no estatales para regir el contrato (como los principios de UNIDROIT), mientras que tal como lo hemos señalado *in supra*, el CR sólo autorizaría a elegir una ley estatal. El CR contiene normas específicas para regular a los contratos con partes débiles, vale decir, contratos celebrados por consumidores (art. 5) y contrato individual de trabajo (art. 6); no encontramos normas semejantes en la Convención de México. Estos son algunos de los puntos que hemos querido destacar en esta suerte de rápida comparación normativa.

5. Derecho internacional privado de fuente interna

Observamos que en materia contractual, si bien existen tratados o convenciones vinculantes para algunos Estados parte del MERCOSUR, no existe ninguna norma convencional que vincule a la totalidad de los países; por tanto, los contratos internacionales deben ser sometidos —por el momento— a las disposiciones de DIP de fuente interna.

80 Véase M. Virgos Soriano, "Obligaciones contractuales" en A.A.V.V., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6ª ed., Eunice, Madrid, 1995, pp. 176-183.

81 Atelliano García, citando a Jean Derruyre, sostiene que "el reto de la profundización internacional exige conciliar los intereses de la soberanía nacional y las necesidades de la vida internacional. Como consecuencia, [...] la pobreza de las normas internacionales lleva a que sea la legislación interna la que pueda esa conciliación de intereses". Véase C. Arribas García, "Los conflictos internacionales de leyes en materia de contratos" en L. Perelman Gassio / C. Bealir Klouche (eds.), *Segundo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, pp. 37-38.

El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica

4. Argentina

Si enfocamos nuestro análisis desde la óptica de la normativa argentina veremos que es posible que las partes, en ejercicio de su autonomía, elijan la normativa que más les convenga para regular el contrato. A falta de tal elección, es decir, subsidiariamente, el Código Civil establece normas supletorias (arts. 1205-1214). En el Código vemos una designación de los puntos de conexión lugar de ejecución (para los contratos con consorcio argentino y en los que no es determinable el lugar de celebración) y lugar de celebración (para los contratos sin consorcio argentino y en los que no es determinable el lugar de ejecución) y de las leyes domiciliarias de las partes (para los efectos de los contratos con lugar determinable de celebración ni de ejecución).

Con respecto al tema de la autonomía de las partes la doctrina y la jurisprudencia se han orientado, de modo significativo, hacia su reconocimiento.⁸⁴ En el derecho privado mismo aparece indiscutido el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar en el art. 1197 del Código Civil⁸⁵ que consagra, como regla general, que la voluntad de las partes expresada contractualmente constituye una regla a la que los sujetos deben someterse como a la ley misma. Sin embargo, tal como señala Uzá, en el derecho privado interno, esa facultad dispositiva que se les reconoce a las partes y que las autoriza a reemplazar con estipulaciones propias las disposiciones previstas por el

82 Véase el comentario a estas normas en B. Palazzi (nota 26), pp. 453-483.

83 El jurista Enza Kaimel calificó a las normas del Código Civil argentino sobre contrato internacional como "un aborrito de numerosas disposiciones". A. Boglietti (nota 37), p. 23.

84 Así, en la X Jornada Nacional de Derecho Civil, llevada a cabo en Comodoro en 1985, todos los participantes aceptaron en forma unánime la autonomía de la voluntad como punto de conexión en los contratos internacionales. Una serie de sentencias emanadas de la Sala E de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial entre los años 1981 y 1983 ha trazado la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales, afirmando decididamente el criterio de que el contrato por la ley de la parte que debe cumplir la prestación característica, para el supuesto de que los contratantes no hubieran operado dicha facultad de elección; así, en autos "Banco de Río Negro y Neuquén c/ Industrias Transportes Internacionales, S.A.", 1981 (E.D., diario del 18 de febrero de 1981), "Cierrolo c/ Banco de Entre Ríos", 1982 (E.D., 1.10.1, p. 179), "Deutsche Reiseagentur c/ Spier, Armando", 1984 (E.D., diario del 12/04/1984), "Arribas García, Amaro c/ Banco de la Provincia de Santa Cruz", 1984, (*Doctrina Judicial*, 985-1-252), "Expreso Mercurio, S.A. c/ Marat, S.A. s/ otorgante", 1984 (Doctrina Judicial, 1985-1, pp. 283, 289) y "Españolo e Hijos, Anónimo c/ Inequival de Viani", 1985. Puede consultarse el análisis de estos fallos en M. S. Najarian, "El domicilio del deudor de la prestación características en los contratos internacionales", *Doctrina Judicial*, 1985-1, pp. 287-294. De la misma autor, "Anexo y revisión de la autonomía en contratos internacionales", *LL*, 1986-A, Sec. 1985-1, pp. 287-294. De la misma autor, "Arribas García", puede verse en W. Goldschmidt, "La autonomía contractual de las partes, su forma y su alcance", *E.D.*, 1.10.9, pp. 711-720. Para un análisis del fallo "Banco de Río Negro y Neuquén" véase M. Malbran, "Autonomía contractual y ley subsidiaria en el derecho internacional privado argentino", *E.D.*, 1.9.9, pp. 286-368. Cabe poner de resalte que la Corte Suprema de Justicia en el caso "Méndez Valdez, Fernando v. A.M., Prisco S.C.A.", de fecha 20/12/1995, sostuvo que "para la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales, corresponde analizar si las partes han ejercido la facultad de elegir el derecho nacional aplicable al contrato o de optar por el orden público de las respectivas legislaciones de las normas concurrencias del derecho en caso de no haberse ejercido tal facultad, que no pueden ser desplazados por la autonomía otorgada por el juez que preside el contrato internacional y de las normas de política, que no pueden ser desplazadas por la autonomía otorgada" (arg. art. 19 Constitución nacional; y art. 1197 Código Civil), J.A., 1999-III-3181. Véase también, *Las Normas de las partes en contratos internacionales y luego, el interés Tribunal*, en "Mols S.A. v. Gruber, David s/ sucesión", de fecha 07/03/2000, afirmó que "es evidente la materialidad de lo resuelto en el sentido de designar al derecho de Estado de Nueva York como aplicable a la prescripción de la acción por incumplimiento de un contrato internacional, si así como dar efecto al derecho elegido por las partes, en un válido ejercicio de la autonomía, de la voluntad dentro de los límites impuestos por el orden público internacional", J.A., 2004-III, p. 334.

85 Véase, J. Lopez Del Carril, "Vélez Sarsfield y sus principios clásicos y contemporáneos en los contratos del Código civil argentino", *LL*, núm. 1, febrero de 2005, pp. 1-7; Q. Marzari, *Historia de los sucesos internacionales*, T. 1, 3ª ed., Atrix, Buenos Aires, 2003, pp. 91-92.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

legislador —que adquieren así carácter supletorio de la autonomía de la voluntad— se ejerce dentro de los límites fijados por las normas coactivas o imperativas del derecho interno, esto es, por las normas inderogables que no resultan derecho disponible para las partes (ejemplo, art. 21 y cc. del Código Civil).⁸⁶

Ahora bien, no debe perderse de vista que en derecho argentino no existe una norma expresa que autorice el libre juego de la autonomía de la voluntad en el D.P.T.V. por ese motivo la cuestión reviste un especial interés. Por tal motivo, la doctrina se ha ocupado de argumentar y fundamentar su posición procedente en principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, tanto para elegir el derecho aplicable al contrato como para determinar el contenido del mismo.

B. Brasil

La normativa de fuente interna aplicable a las relaciones jurídicas internacionales está contenida en la Ley de Introducción al Código Civil, incorporada a ese cuerpo legal en 1942,⁸⁸ el principio general es que los contratos internacionales son regidos por la ley del lugar de celebración y si se celebraron a distancia se considera lugar de celebración al de la residencia del proponente. El art. 9 del Código Civil⁸⁹ establece que la calificación y regulación de las obligaciones se rige por la ley del lugar de constitución y la obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar en que reside el proponente.⁹⁰

La jurisprudencia y doctrina tradicionales desconocen el valor de los pactos de *lege utenda*. La Ley de Introducción al Código Civil no se refiere al tema y dicho silencio es interpretado como un tácito rechazo. Sin embargo, en los últimos años ha surgido una importante corriente doctrinaria⁹¹ que postula la admisión de la autonomía de la voluntad como un principio básico de la contratación internacional.⁹²

86 Ma. E. Uza. "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. (Con particular referencia al Mercosur)", *E.D.A.*, L. 176-1994, pp. 114-118.

87 W. Goldschmidt (nota 31), pp. 191-195, A. Boguano (nota 22), p. 235 y Ma. B. Noori Tasqueh, "Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños" en D. P. Fernández Arroyo (nota 24) pp. 1005-1014.

88 Resulta pertinente señalar que en 1953 el Poder Ejecutivo presentó un Proyecto de Ley que procuraba derogar la Ley de Introducción al Código Civil y establecer un nuevo sistema general de D.P.T.V. Ese Proyecto —basado en el Anteproyecto elaborado por Jacob Dolinger, João Granjaino Rodas, Rubens Limongi França e Inocência Mártires Coelho— no logró, sin embargo, éxito parlamentario.

89 Artículo 9°. "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituem § 1°. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forme especial, será esta observada, admitidas as peculiaridades de lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos de ato, § 2°. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente". Pueden verse los comentarios a esta norma en F. De Souza Del'Ólio, *Direito Internacional Privado*, 2ª edición, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, pp. 134-136.

90 Puede consultarse el análisis efectuado por S. Lee Zaragoza de Rovira, "Estudio comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinarios e práticos" en João Granjaino Rodas (coord.), *Contratos Internacionais*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, pp. 59-65.

91 Véase por ejemplo, la opinión de Analice de Castro, *Direito Internacional Privado*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1956.
92 R. Valadão, *Direito Internacional Privado*, 2da Ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1977, pp. 183-184; L. Olavo Baptista, *Dos contratos Internacionais*, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 32. En opinión de João Granjaino Rodas, si se toma en consideración la disposición inserta del artículo 5 de la Ley de Introducción al Código Civil, no se puede afirmar la existencia de la autonomía de la voluntad para la modificación de la norma aplicable en el D.P.T.V. J. Granjaino Rodas, "Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente as obrigações contratuais" en *Contratos Internacionais*.

C. Paraguay

No encontramos en el derecho paraguayo una norma expresa que se refiera al ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales. La normativa interna de este país sobre la regulación de los contratos a la ley del lugar de ejecución de los mismos (salvo en lo referente a las solemnidades que se rige por la ley del lugar de celebración)⁹³.

El artículo 26 del Código Civil establece que "la forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código".

D. Uruguay

Las soluciones de fuente interna son similares a las establecidas en los Tratados ratificados por Uruguay. A los contratos internacionales se les aplica la ley del lugar de ejecución. La existencia, la naturaleza, la validez y los efectos de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. Para determinar este sitio se hace remisión a las reglas respectivas del Tratado de Montevideo de 1889 (art. 2399 del Apéndice del Código Civil⁹⁴).

En lo que respecta a la recepción de la autonomía de la voluntad, la jurisprudencia y doctrina uruguayas —en forma mayoritaria— se han manifestado contrarias a admitir su validez en materia de contratación internacional. Se sustentan para ello argumentos de carácter político según los cuales, de aceptarse los pactos de *lege utenda*, los empresarios de los países desarrollados (por contar con mayor poder económico) terminarían imponiendo su legislación a los contratantes de los países en desarrollo; también se manifiestan razones de índole jurídico:

- a) el silencio del Tratado de Montevideo de 1889 es interpretado como rechazo;
- b) el antecedente del tratado de 1940 donde resultó mayoritaria la tesis negativa al discutirse nuevamente el tema.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia uruguayas son todavía contrarias al reconocimiento de los pactos de elección de derecho; la argumentación principal de este rechazo se funda en el hecho de que las normas de D.P.T.V. de fuente interna son prácticamente una copia de las disposiciones de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y, por ende, si las prescripciones de tales instrumentos convencionales son interpretadas en

ciencia, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1953, p. 32. Pueden consultarse las posiciones de Benilquoil, Oscar Tamayo, Miguel María de Sampa Lopes y Maria Helena Dilliz en N. de Araújo, *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*, Editora, Revueira, Rio de Janeiro, 2002, pp. 320-324.

93 D. Harjain, G. Mialli, *Circonflexões de status un el Afrecoeur*, Julio César Faria editor-Editorial B de F. Buenos Aires, 1998, p. 335.

94 La validez ininterrumpida de los actos jurídicos, dentro de los que quedan incluidos los contratos, se rige por el derecho del lugar de cumplimiento de acuerdo al art. 14 del Código Civil, el cual prescribe que "(...) la capacidad e interdicción para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que este pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de los otorgantes". Esta norma, al ser reiterada, permite afirmar que los contratos que deben cumplirse en el extranjero se rigen por el derecho del lugar de cumplimiento.

95 El art. 2399 prescribe que "los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos por la ley del lugar de su cumplimiento de conformidad por: con pacto con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 14 a 33 inclusive del Tratado de derecho civil de 1889".

el sentido de negar tales pactos de elección. Lo mismo cabría sostener con respecto a las normas de fuente interna.⁹⁶

III. Corolario

Como puede percibirse con bastante claridad, la conformación del MERCOSUR como bloque y su entrada en el escenario internacional ha despertado expectativas que no pasan desapercibidas por lo económico, sino también por lo jurídico y, en este aspecto particular, la regulación contractual no resulta ajena.

Más que conclusiones, en el sentido estricto del término, consideramos que de lo expuesto surgen varias cuestiones a considerar. El MERCOSUR parece de normas acerca del derecho que ha de regir la validez de los contratos. Existen tratados y convenciones que vinculan a varios Estados parte del MERCOSUR, pero no a todos en su conjunto. Argentina, Uruguay y Paraguay están vinculados jurídicamente por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y han suscripto varias CIPs. Brasil es uno de los países ratificantes (aunque con reservas) del Código Bustamante y ha ratificado también convenciones interestamentales.⁹⁷ A su vez, cabe considerar que dentro del sistema mercosurino encontramos normas que regulan diversos aspectos jurisdiccionales de la contratación internacional: así, el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1994, el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo de 1996 y los Acuerdos de arbitraje comercial internacional de 1998. A su vez, también existen normas que se refieren a la cooperación judicial internacional y que también se aplican, cuando correspondan, a casos contractuales; tal es el caso del Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa de 1992 y el Protocolo de medidas cautelares de 1994.

Ahora bien, si bien es cierto que contamos con las normas antes mencionadas y que, en materia de solución de controversias contractuales de carácter privado se admite en el ámbito del MERCOSUR la autonomía de la voluntad para elegir jueces o árbitros que diriman las controversias que se produzcan entre las partes, lo cierto es que la consagración de tal autonomía no existe de manera expresa con respecto a la elección de derecho aplicable. Por otra parte, llama la atención que, dentro de la fuente convencional de derecho aplicable. Por otra parte, llama la atención que, dentro de la fuente convencional de DPI, los Estados Parte del MERCOSUR —con la única excepción de Brasil— sean ratificantes de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, la cual consagra en el art. 6 como regla fundamental la autonomía de la voluntad de las partes. Por tanto, la facultad de las partes de elegir el

El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica

derecho aplicable a sus relaciones en los contratos *intra* y *extra* MERCOSUR debe dilucidarse con claridad y precisión.

La CIP vi bien no regula materialmente los contratos internacionales, resuelve conflictos de leyes que a su respecto se plantean. El inconveniente es que aún no ha sido ratificada por ninguno de los países miembros del MERCOSUR.

Se constata divergencia nacional importante ya que las normativas de fuente interna de los países involucrados en este proceso de integración no son coincidentes: Brasil (socio de capital importador) regula los contratos internacionales por la ley del lugar de celebración, mientras que Paraguay, Uruguay y Argentina lo hacen por la ley del lugar de elección. La otra remaña en cuestión es la recepción de la autonomía de las partes como fuente de regulación de los contratos internacionales: mientras Argentina sostiene la plena validez de los pactos de *lege uenida*, Brasil desconoce el valor de tales acuerdos y la República Oriental del Uruguay coincide —aunque no en forma total— con los criterios de la normativa brasileña.⁹⁸

El proceso de integración y cooperación económica entre los países latinoamericanos nunca fue simple, único o lineal.⁹⁹ No obstante algunos fracasos, la voluntad integracionista se ha mantenido siempre presente a través de diversas iniciativas y el MERCOSUR es un ejemplo de ello. La situación problemática que se vislumbra es el estado de inseguridad tanto formal como material que sufren los operadores económicos. Se detecta una inseguridad formal generada por el gran desorden remanente en cuanto a los mecanismos a través de los cuales se recepcionan las normas mercosureñas por los Estados parte. Paralelamente, una inseguridad de tipo material dada las asimetrías de los niveles de protección que presentan las legislaciones internas (en el caso que nos ocupa, la materia contractual internacional). El éxito del proceso de integración planteado en términos económicos requiere alcanzar un óptimo equilibrio entre los sujetos que intervienen en las relaciones comerciales, el que sólo se logra a través de una adecuada respuesta jurídica que contemple los intereses en juego.

Los grandes cambios que se van produciendo —producto en parte de la complejidad de los tiempos modernos— plantean enormes desafíos para el Derecho. Resulta por tanto necesario lograr una conciliación entre la flexibilidad y la seguridad jurídica. Por lo tanto, debemos hacer una lectura cuidadosa del Tratado de Asunción y de los demás instrumentos jurídicos que imponen las reglas de juego que son las señales enviadas al mercado; debemos analizarlas desde una perspectiva jurídica ya que de las mismas se derivan efectos económicos que condicionan, muchas veces, la sustentabilidad política del proceso de integración. En un proceso de integración es muy difícil separar lo político de lo económico. "En el fondo todo el juego consiste, y por eso es tan importante el

96 D. Hargain, "Desafíos jurídicos de la contratación internacional" en: F. de Souza Del Olmo, *Curso de Derecho Internacional Contemporáneo. Estudios en homenaje al Prof. Dr. Luis María De Azevedo* (Arequí, 1990, 80^a aniversario), Editora Fortis, Río de Janeiro, 2003, p. 182.

97 Véase D. P. Fernández Arroyo, "El Derecho Internacional Privado en el Mercosur: Hacia un Sistema Institucional" en: *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del siglo XXI. Sexta Jornada de Profesores de Derecho Internacional. Primer Seminario de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, p. 167.

98 Señala De Araújo que ante el entene de la *lex celebrantis* como de la *lex executionis* son consistentes sus planteamientos en la autonomía ya que obligan al juez a aplicar una legislación que le mayor parte de las veces, 1992. Concretado tiene con la relación jurídica que plantea el problema. N. De Araújo, "O Direito Subjetivo e a Lei da Autonomia de vontade no Direito Internacional Privado" en: P. Borges Casella (coord.), *Contratos Internacionais e Direito econômico no Mercosul. Abat o tembo do período de transição*, LTR Editora, São Paulo, 1996, p. 36.

99 Véase H. Arbuet-Vignati, *Las clases jurídicas de la integración en los sistemas del Mercosur y la Unión Europea*, Buenos Aires, Sanse Fe, 2004, pp. 204 ss.

problema de la credibilidad, en mandar la señal al mercado de que si alguien invierte en un país, por lo tanto genera empleo en el mismo país y, por ende, esa persona va a poder acceder al mercado común. Esto quiere decir que el ser de señales al mercado; tratados, definiciones, decisiones y demás anuncian a transformar el acceso al mercado del país mayor. La clave de una integración contemporánea, lo más político de una integración contemporánea, lo único que le da sentido económico a una negociación de integración económica contemporánea es transformar el acceso al mercado del otro en un derecho jurídicamente protegido.¹⁰⁰

Si bien hacemos hincapié en los términos económicos que afectan a una relación contractual, no debemos perder de vista que "la integración es el resultado del economocismo pero, a la vez, es una respuesta ante la mundialización, en parte generada para conservar las identidades integradas y para evitar la globalización, para poder tener una voz de diálogo entre las regiones".¹⁰¹

Ante este panorama debemos analizar qué camino seguir. Si tenemos en cuenta que nos encontramos frente a casos complejos podemos optar por elaborar un instrumento normativo especialmente creado para este particular proceso de integración. Desde hace tiempo se viene planteando la necesidad de elaborar un código de derecho privado para el MERCOSUR.¹⁰² Si bien las ventajas que se señalan son las de facilitar el conocimiento y la difusión de las normas y evitar la dispersión normativa que existe sobre el tema, es cierto también que el hecho de crear estructuras muy rígidas puede ser una nueva forma de aislarse. Hay quienes proponen adoptar criterios flexibles en materia de la determinación de la ley aplicable como una forma de evitar la rigidez normativa. No obstante esto, habría que debatir si la existencia de un mercado único—en sentido económico— requiere también un sistema jurídico único.

Otra de las vías alternativas pensadas podría pasar por buscar un modelo similar al europeo, pero cabría preguntarse si el Convenio de Roma sería lisa y llanamente transplantable aquí. No debemos perder de vista que adoptar soluciones que no tengan en cuenta las características especiales del MERCOSUR podría no ser exitoso. En este contexto, se podría tal vez pensar en la CUDIP como una alternativa para la región, más allá de que alguna de las soluciones consagradas en el instrumento hagan improbable su ratificación.

A pesar de que el planteo de la unificación del derecho privado ha sido calificado de "apresurado" teniendo en cuenta las múltiples asimetrías económicas existentes entre los países miembros, lo cierto es que, desde el punto de vista jurídico, debemos analizar la posibilidad de armonizar los principios que informan el derecho propio de los Estados parte de

MERCOSUR en materia contractual, armonización que podría hacerse en base a los criterios adoptados por las convenciones internacionales a las que los Estados se han adherido.

En un sector tan trascendental como el relativo a los contratos internacionales, la tensión entre los intereses presentes en el tráfico externo se muestra con gran intensidad. Es una tarea ardua proporcionar normas jurídicas que logren un equilibrio adecuado entre los intereses públicos y los privados.¹⁰³ La normativa legal sobre contratos internacionales debe ser capaz de garantizar ciertos objetivos básicos:

- a) Seguridad jurídica de realización asegurando soluciones estables, justas, eficaces;
- b) Seguridad jurídica de ordenación en cuanto a que las soluciones deben ser previsibles; las normas legales sobre contratos internacionales deben ser proporcionales a los operadores comerciales internacionales un elenco claro de posibilidades de acción y un cuadro nítido de las normas a las que deben ajustarse sus conductas. De esta forma los contratantes pueden, con antelación, conocer las consecuencias de sus actos;
- c) Intereses estatales de control de los procesos económicos internacionales; ya que los contratos internacionales deben ser objeto de fiscalización y seguimiento por parte de los Estados, a fin de comprobar sus efectos en relación con la economía y los procesos productivos nacionales;
- d) Intereses estatales de defensa de la ordenación básica de la economía nacional y de ciertos grupos sociales necesitados de protección.¹⁰⁴

La integración es el resultado de un proceso que exige tiempo y esfuerzo y requiere la formación de un nuevo proyecto de vida en común, con una nueva planificación que, en el caso que nos ocupa, refiere a la temática de la contratación

103 En las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en Santa Fe, Argentina, en el mes de septiembre de 1995 la Comisión de Derecho específicamente el tema del régimen de los contratos para la integración del Mercosur. Algunas de las conclusiones fueron las siguientes: "La existencia de un mercado común, como el que se pretende en el Mercosur, deposita en gran medida del acierto en las soluciones contractuales. La constitución del mercado integrado genera una carencia (o alguna) jurídica en la materia, que debe ser debidamente solucionada, por el régimen jurídico contractual que de beneficiar o perjudicar el proceso integrador. Es relevante considerar las señales jurídicas que se emanan al mercado y la confianza que se genera en el mismo, buscando soluciones a la vez útiles, justas, seguras y eficaces. Las respuestas, del régimen contractual actual, en cuyo ámbito ocupan lugares de desahucio prioritarios los Tratados de Montevideo, no son satisfactorias, sobre todo porque, como en el caso de dichos convenios, a veces no otorgan el debido espacio a la autonomía de las partes. Un régimen integrador exige que para la dinámica del mercado las partes sean protagonistas importantes en la solución de sus conflictos. Con miras al perfeccionamiento que requiere el nivel de soluciones actuales, la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales puede no resultar adecuada por la combinación de la excesiva flexibilidad de sus soluciones y la gran amplitud de su ámbito de aplicación. En última instancia el proceso integrador requiere normatividades propias, con un espíritu de acentuación y definición que exceda el nivel meramente internacional. En este sentido, es posible que las soluciones contractuales deban ser progresivamente reemplazadas por respuestas sustantivas. Una vía de acercamiento entre los derechos del Mercosur es la armonización contractual y sustantiva. El régimen de los contratos del Mercosur debe tener en cuenta un nivel de soluciones generales y otro referido a los contratos que requieren a su vez, respuestas específicas. Sin caer en transferencias que ignoren las particularidades mercosurinas, es posible aprovechar al respecto la experiencia que viene produciendo la Unión Europea, donde se ha recomendado un cambio que pasa por la Convención sobre ley aplicable a los obligaciones contractuales y los acuerdos actuales para su supresión. Se considera que, en cuanto concierne a los contratos internacionales, el Libro IV del Proyecto de Código Civil actualmente en tratamiento parlamentario, es una buena instancia para la discusión de un nuevo régimen argentino de fuente interna".

100 Sobre esta cuestión es muy interesante el planteo efectuado por Félix Pato en Segundo Seminario, *Mercosur: Perspectivas y Problemas*, Instituto Torcuato Di Tella, Centro de Economía Internacional, Buenos Aires, 1994, p. 332.

101 M. A. Ciro Galbani, "Optimismo o ilusión?" en *Del Mercosur (Adquisición, Jurisdicción, Informática, Relaciones Internacionales)*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 8-9.

102 Puede consultarse, entre otros: N. Nicolau, "La armonización del Derecho privado en el Mercosur como instrumento de cambio en el derecho interno de los países miembros", en *Desarrollos del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 183 ss.; N. Nicolau, M. A. Arriño / A. Artoz y otros, "Necesidad y posibilidad de unificar la teoría general del contrato en el Mercosur", en *Desarrollos del Mercosur*, ob. cit., pp. 209 ss.; y M. Fernández Saiegh / S. Finlay / D. Esbornaz / C. Hernández, "Hacia la unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos en el Mercosur", en *Del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 213 ss.

internacional. La armonización y eventual unificación del derecho privado (y especialmente de las normas relativas a los contratos internacionales) está motivada en los países de MERCOSUR por su identidad lingüística y geográfica, una cierta homogeneidad de costumbres y, fundamentalmente, por la existencia de raíces jurídicas comunes.¹⁰⁵ La integración exige en muchas ocasiones la elaboración de nuevas normas y la interpretación y determinación de las existentes, atendiendo a las singulares características de los Estados miembros de MERCOSUR.

Néstor pone en duda que el DIPr esté sufriendo la repercusión y las consecuencias de los efectos de la globalización ya que este fenómeno incide directamente en su objeto. Las relaciones privadas internacionales se multiplican de manera exponencial y resulta necesario buscar respuestas adecuadas en función de la nueva realidad a regular.¹⁰⁶ Llegar a una armonía de soluciones entre los países que conforman un área de integración regional requiere, precisamente, decisiones y voluntad política.¹⁰⁷ No constituye por cierto una tarea exenta de obstáculos la construcción de un sistema normativo que tenga en cuenta el desarrollo jurídico regional y que no sea la simple expresión de infundados localismos.¹⁰⁸ A medida que los acontecimientos suceden, que la integración como fenómeno económico y jurídico produce importantes y profundos efectos, la teoría y la reglamentación del DIPr deben avanzar en el sentido de poder brindar y desarrollar instrumentos y herramientas que permitan resolver de manera integral las controversias o desavenencias que presentan los casos jurídicamente multinationales.

Así las cosas, la necesidad de contar con reglas claras que reglamenten las relaciones privadas internacionales de carácter contractual en el marco del espacio regional mercosuriano se presenta no como una mera posibilidad sino como una exigencia. Ya nadie cuestiona ni pone en duda que la creciente internacionalización de la economía —con todo lo que el fenómeno lleva aparejado— ha generado un campo fértil para la multiplicación de las relaciones comerciales que vinculan a más de un territorio y que, por ende, ponen en contacto una multiplicidad de sistemas jurídicos; tales hechos, desde el ángulo de mira contractual, requieren —como ya lo hemos dicho— de un análisis serio y profundo acerca de las posibilidades de armonización normativa. En

El derecho aplicable a los contratos internacionales en tiempos de interdependencia económica

El derecho actual exige el desarrollo coordinado de políticas entre los Estados y la elaboración de reglas internacionales que respondan verdaderamente a las necesidades de la región y de cada uno de los países que la forman. Se ha afirmado que "en el DIPr se están moviendo los cimientos y no sólo porque hay un derecho material emergente, sino porque hay una tremenda dificultad de localización en función de la globalización y a través, sobre todo, del uso de la informática para la creación de actos y negocios. Particularmente los del derecho económico, tanto comercial como financiero"¹⁰⁹. MERCOSUR como bloque y los Estados individualmente considerados deben ser partícipes de este momento de "reconstrucción" del DIPr demostrando compromiso y tolerancia. Por supuesto que los procesos de integración, cualquiera sea la forma y su intensidad, no logran borrar los problemas ni los conflictos de intereses entre los Estados que lo forman. Pero tampoco debe perderse de vista que la estabilidad y la fluidez provienen de un proceso de sedimentación de varias décadas, de reglas de juego claras y de mecanismos apropiados para la solución de conflictos que además funcionen de manera efectiva.¹¹⁰

Entre los rasgos característicos del DIPr de nuestros días se alude, entre otros, al marcado protagonismo del conflicto de jurisdicciones sobre el conflicto de leyes, la preponderancia de normas materiales y el avance del *soft law*; la necesaria distinción que debe hacerse entre las normas de DIPr de fuente interna y las de fuente internacional, la incorporación de valores en la reglamentación de las relaciones de tráfico externo.

Los países de América Latina, en líneas generales, se han inclinado por efectuar una enumeración y una jerarquización de las fuentes.¹¹¹ Sin embargo, las relaciones no deberían plantearse en términos de exclusión sino de diálogo.¹¹² diálogo que debe ser permanente y que —como afirma Jayme— caracteriza la fase postmoderna del DIPr.¹¹³ resulta cierto, sin embargo, que dicha comunicación si bien resulta indispensable, muchas veces se torna tarea difícil.¹¹⁴

Si evaluamos la regulación contractual existente en MERCOSUR —tanto la de fuente convencional como la de fuente interna— observamos importantes asimetrías. Las mismas se agravan si, además, tomamos en consideración las normas de los Estados asocia-

105 A. M. Carré, "Armonización y unificación del Derecho privado en América Latina: esferas, tendencias y realidades", *Revista del derecho Comercial y las Obligaciones*, Año 24, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 303.

106 M. A. Rodríguez Vázquez, "Los efectos de la globalización en el sector de la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras: la superación del estancamiento", en A. L. Calvo Carreras / P. Blanco-Morales Linares, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 373-388.

107 P. de Miguel Asensio, "El Derecho internacional privado ante la globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 1, 2001, p. 51. El autor en su análisis pone de relieve que el desequilibrio existente ante el carácter global que las actividades que han de ser reglamentadas y el avance territorial propio de la intervención de los legisladores nacionales genera importantes tensiones.

108 D. Ometti Basáin, "Un testamento del papel de la OEA en el nuevo desarrollo jurídico regional en particular, en materia de Derecho Internacional Privado", en *Cursos de Derecho Internacional Serie Temático Iberoamericano / I. J. El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*, Organización de los Estados Americanos - Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General OEA-Secretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2002, pp. 487-488.

109 D. P. Fernández Arroyo, "Ante de la necesidad y las posibilidades de una Convención latinoamericana sobre competencia judicial en casos de derecho internacional privado", *Libro Hommage a Dieter Ometti Basáin*, (en prensa), ver especialmente pto. V, Conclusiones y propuestas.

110 D. Ometti Basáin, "El Derecho internacional: una agenda renovada", en *Jornadas de Derecho Internacional*, Organización de los Estados Americanos - Secretaría General, Montevideo, 1999, p. 303.

111 D. P. Fernández Arroyo, "Análisis comparativo entre la Unión Europea y el ALCa", en A. Oropesa García (coord.), *ALCA: un debate sobre la integración*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas - Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, México, 2003, p. 225.

112 R. Santos Belandier, "El Derecho internacional privado latinoamericano y su relación con el Estado, la sociedad interna y la globalización", en A. L. Calvo Carreras / P. Blanco-Morales Linares, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 598-599.

113 E. Jayme, "Identidad cultural e integración: la dimensión internacional", *Cours général de droit international privé*, *Revue des Cours*, 251, 1995, pp. 61 y 259.

114 E. Jayme, "Derecho Internacional Privado e Integración: 35 Convenciones Europeas", en P. B. Casella, N. de Araújo (coord.), *Integración Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIP)*, e o direito brasileiro, LTR, São Paulo, 1998, p. 116.

115 Vasez D. P. Fernández Arroyo, "Globalización y Derecho: el caso de la regulación internacional de las garantías mobiliarias", en A. L. Calvo Carreras / P. Blanco-Morales Linares, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 205-206, aunque referido al análisis de las garantías mobiliarias, similar planteo puede ser trasladado al ámbito contractual.

dos y la de aquellos países que están evaluando su posible incorporación al bloque. En este sentido, y pensando el derecho de los contratos respecto de su vinculación a los procesos de integración regional, la puesta en marcha del ALCA —implantando un área de libre comercio desde Alaska hasta Tierra del Fuego— puede implicar un desafío aún mayor y la necesidad de brindar prontas respuestas en este ámbito particular.

"E) DPII es un derecho vivo, en constante evolución y, en consecuencia, adaptable a los cambios del mundo actual".¹¹⁶ Considerando específicamente a las relaciones comerciales, no podemos negar que el contrato desempeña una función esencial de previsibilidad y, en este marco, la existencia de normas reguladoras claras constituye un importante factor desde el punto de vista de la prospectiva de las relaciones comerciales transfronterizas que se instrumentan en el marco de un mercado ampliado. Quizás este sea un motivo por el cual se propugne la construcción de un discurso solvente y coherente sobre la integración, "un discurso que explote al máximo, con mucha imaginación, las posibilidades reales de nuestra integración".¹¹⁷

Muchas propuestas han tenido lugar en los últimos años: desde la ratificación de la CUMP V, pasando por la elaboración de un protocolo sobre derecho aplicable a los contratos internacionales o la posibilidad de que el MERCOSUR adopte los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales,¹¹⁸ hasta la eventualidad de reformar los sistemas jurídicos nacionales o, incluso, que el Consejo del MERCOSUR adopte una decisión conteniendo un solo artículo que prescribiera que ni los Tratados de Montevideo ni las normas estatales que prohíben la autonomía de la voluntad resultan aplicables a los contratos vinculados con Estados mercosureños.¹¹⁹ En realidad, creemos que la cuestión no se resuelve copiando modelos ni trasladando de manera lisa y llana normativa creada para otros espacios territoriales. El MERCOSUR constituye un proceso de integración regional con características propias muy marcadas, con una idiosincrasia particular que deviene de los países que lo componen y que hace, precisamente, que resulte necesario analizar las necesidades y las realidades propias. Han existido relaciones contractuales internacionales antes de la vigencia de MERCOSUR; se han llevado a cabo transacciones a pesar de las asimetrías normativas y del limitado —cuando no prohibido— rol asignado a la autonomía de la voluntad. En el marco cuantitativo del comercio internacional, por ejemplo, no ha obstado que Brasil no haya ratificado la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías o que Uruguay rechace los pactos de *lege uendita*.

¹¹⁶ T. B. de Maclell (nota 61), p. 160.

¹¹⁷ D. P. Fernández Arroyo, "Conceptos y prohibiciones básicas del derecho internacional privado", en: D. P. Fernández Arroyo (nota 2), pp. 66-70.

¹¹⁸ Garro ha señalado que "el primer paso hacia la armonización del derecho de los contratos comerciales internacionales ha sido dado con la adopción de los Principios. Los países que fallan para lograr una armonización, parecen quedar en manos de los jueces y árbitros encargados de aplicarlos". Véase A. X. Garro, "Los contenidos de los Principios de UNIDROIT: algunas reglas en camino hacia la uniformidad", *Jornadas Iberoamericanas de Estudios de Derecho*, 4to. sesión, Universidad Argentina de la Empresa, JAPE- Buenos Aires, 13 de septiembre de 1996, p. 12.

¹¹⁹ Véase D. P. Fernández Arroyo (nota 25) pp. 48-49.

En este sentido, los contratos y los inconvenientes que esos nexos oblicuamente aparecen no son una realidad nueva; sin embargo, en el proceso de integración mercosureña, creemos que resulta una necesidad impostergable contar con reglas claras, ágiles y evidentes, tanto para los sujetos que intervienen en las transacciones como para los encargados de interpretar y aplicar el derecho. Para que el MERCOSUR logre insertarse en el mundo como un bloque de integración —en el sentido estricto del término—, y no sólo como un agrupamiento de ciertos países con éxito económico considerables, analizando la tenacidad contractual, que debe redimensionarse, calibrarse la importancia de las transacciones transfronterizas y tomar conciencia de la necesidad de reglas jurídicas claras para superar las oposiciones y asimetrías.

Las ideas y consideraciones que hemos expuesto someramente intentan mostrar una perspectiva general de la situación contractual mercosureña. Los procesos de integración regional para funcionar de manera correcta requieren de un sistema de reglas jurídicas; hasta el momento y más allá de los reclamos doctrinarios, la aceptación de la autonomía de la voluntad como regla general¹²⁰ —con las necesarias restricciones a fin de proteger a las partes económicamente más débiles— y el establecimiento de reglas comunes sobre derecho aplicable a los contratos en el ámbito del MERCOSUR sigue siendo una asignatura pendiente.

C. BONA → ANTECED. Y TTE P/ MEXICO (74)
(80)

