

NORMAS DE CONFLICTO SOBRE CONTRATOS INTERNACIONALES EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

María Mercedes ALBORNOZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La autonomía de la voluntad en el Mercosur.* III. *Normas de conflicto aplicables en ausencia de elección.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las consecuencias del proceso de integración que en 1991 emprendieron Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmando el Tratado de Asunción de Constitución del Mercado Común del Sur (Mercosur), ha sido el aumento del comercio entre los países miembros y también de éstos con los países que luego se asociaron (Bolivia y Chile). Esto implica que se celebren, cada vez más, contratos internacionales.

La doctrina y jurisprudencia contemporáneas aceptan que en materia de contratos internacionales rige el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes tienen la facultad de elegir a qué derecho someterlo. Pero muchas veces sucede que los contratantes no ejercen ese derecho, debiendo consultarse entonces las soluciones previstas por el legislador a fin de identificar la ley del contrato.

En el análisis tendiente a determinar qué ley deberá regir un contrato internacional, deben entonces distinguirse dos hipótesis: 1) que las partes hayan ejercido su autonomía de la voluntad; 2) que las partes no hayan elegido derecho alguno. A fin de conocer el estado de la cuestión en el Mercosur examinaremos el grado de recepción del principio de la autonomía de la voluntad y luego las soluciones en caso de no elección por las partes de la ley aplicable.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MERCOSUR

1. *El derecho mercosureño*

Dentro del derecho propio del Mercosur encontramos tres tratados relacionados con los contratos internacionales: el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del 5 de agosto de 1994, el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo del 17 de diciembre de 1996, y los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del 23 de julio de 1998.¹ Si bien estos instrumentos tratan cuestiones de procedimiento y no específicamente de derecho aplicable, demuestran que la autonomía de las partes se ha convertido en piedra angular del nuevo sistema contractual.²

En efecto, el Protocolo de Buenos Aires permite a las partes elegir los tribunales nacionales a cuya jurisdicción someter sus controversias, debiendo tal elección recaer sobre los tribunales de alguno de los Estados parte del Mercosur. Como este protocolo excluye de su ámbito de aplicación los contratos de venta al consumidor, el Protocolo de Santa María vino a llenar ese vacío. Puesto que cada juez analizará el contrato internacional y determinará qué ley aplicarle partiendo de su propio sistema de derecho internacional privado, el permitir que las partes designen el tribunal importa, aunque de manera indirecta, concederles la facultad de elegir el derecho aplicable al caso iusprivatista multinacional.

Los mencionados Acuerdos sobre Arbitraje facultan a las partes a someter su caso no ya a un tribunal nacional, sino a la justicia privada. Asimismo, su artículo 10 permite a las partes “elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia con base en el derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”. Esta norma se aplicará solamente al arbitraje que tenga por objeto

¹ Se trata de dos acuerdos de idéntico contenido, que sólo difieren en cuanto a las partes. Uno de ellos fue celebrado entre los cuatro miembros del Mercosur. El otro, incluye además a los dos Estados asociados.

² Cfr. Fernández Arroyo, D. P., “International Contract Rules in Mercosur: End of an Era or Trojan Horse?”, en Borchers, Patrick J. y Zekoll, Joachim (eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Nueva York, Ardsley, Transnational Publishers, 2001, p. 164.

resolver un conflicto nacido a raíz de un contrato comercial internacional.

Ahora bien, aunque el sistema normativo del Mercosur acoge la autonomía de la voluntad de modo general, carece de una norma de conflicto aplicable a los contratos. Por lo tanto, en la materia específica de determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales ni se recibe ni se rechaza expresamente la autonomía. Ante tal carencia será necesario recurrir a los sistemas nacionales de derecho internacional privado.

Dentro del sistema nacional de derecho internacional privado de cada uno de los miembros del Mercosur existen normas de fuente internacional y normas de fuente interna.

2. Normas de fuente internacional

No existe ningún tratado sobre derecho aplicable a los contratos internacionales del que sean parte los cuatro Estados que conforman el Mercosur, por lo que consideraremos todos aquellos tratados de los que algún o algunos Estados mercosureños son parte.

Son obligatorios para Argentina, Paraguay y Uruguay los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889³ y de 1940. Ambos regulan los contratos sin hacer mención alguna de la autonomía de la voluntad. No obstante, el artículo 5o. del Protocolo Adicional a los Tratados de 1940 admite que las partes designen una ley diferente de aquella que según el Tratado de Derecho Civil Internacional debería regir el contrato, aunque sólo en la medida en que dicha ley lo autorice.

Brasil, que nunca se incorporó a los Tratados de Montevideo, es parte del Código Bustamante de 1928.⁴ El silencio de este Código sobre la autonomía de la voluntad es interpretado como rechazo de la misma, debido a la concepción que al respecto tenía su autor.

Es preciso mencionar, también, la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V) aprobada en México en 1994, aunque todavía no está en vigor en ninguno de los países miembros del Mercosur, fue firmada por dos de ellos (Brasil y

³ Del cual también son parte Bolivia, Colombia y Perú.

⁴ Firmado y ratificado por: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Uruguay) así como por uno de los Estados asociados (Bolivia).⁵ Esta Convención, partiendo del modelo europeo de la Convención de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, consagra expresamente el principio de la autonomía de la voluntad estableciendo que el contrato se rige por la ley elegida por las partes, aun si la ley elegida no es la de un Estado parte de la Convención. Dicha consagración es una novedad en América Latina; pero no es el único aspecto novedoso de este instrumento que, avanzando un paso más que la Convención de Roma, acoge (en su artículo 10) la *lex mercatoria* que el juez deberá aplicar además del derecho elegido por las partes, cuando corresponde y a fin de que la sentencia sea justa y equitativa.

3. Normas de fuente interna

Con respecto a las normas de derecho internacional privado de fuente interna de los países del Mercosur, sólo en Argentina se acepta la autonomía, y no por obra directa del legislador, sino de la jurisprudencia y la doctrina. Como en virtud del artículo 1o. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, las partes de un caso multinacional pueden pactar la jurisdicción de un tribunal extranjero, y cada juez aplicará su propio sistema de derecho internacional privado, resulta que indirectamente, las partes estarían eligiendo la ley que regirá su contrato. Y si esta elección indirecta está permitida, debe asimismo permitirse la elección directa.

El artículo 2403 del apéndice del título final del Código Civil de Uruguay establece que las reglas sobre ley aplicable “no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes”, la que “sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente”, es decir, que la autonomía es admitida de manera restringida. En Paraguay y en Brasil la legislación interna guarda silencio sobre el tema, silencio interpretado por la doctrina como rechazo. Debemos señalar que en este último país hay autores que abogan por la recepción del principio de autonomía de la voluntad.⁶

⁵ Los demás Estados signatarios de esta convención son México y Venezuela, que a su vez, son los únicos que la han ratificado. En consecuencia, hasta el momento, la misma sólo está en vigor entre México y Venezuela.

⁶ Ver, por ejemplo, de Araujo, N., “O Direito subjetivo e a Teoria da Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado”, en Borba Casella, P. (coord.), *Contratos*

Para el supuesto de que las partes no hayan elegido ley alguna para regir su contrato, los sistemas que admiten la autonomía de la voluntad contienen normas de conflicto supletorias.

III. NORMAS DE CONFLICTO APLICABLES EN AUSENCIA DE ELECCIÓN

1. *Carencia de normas mercosureñas.*

Hemos dicho que el Mercosur carece de norma de conflicto sobre contratos internacionales. Por eso, hemos de consultar cuáles son las previsiones de los tratados internacionales de los que alguno o algunos de los Estados miembros del Mercosur son parte.

2. *Normas de fuente internacional*

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, someten los contratos a la ley del lugar donde éstos deben cumplirse, y dan pautas para la determinación del lugar de cumplimiento en diferentes tipos de contratos. El de 1940 contiene una excepción a la regla *lex loci executionis*: cuando el lugar de cumplimiento no pueda determinarse a la época de celebración y según las pautas que el mismo Tratado proporciona, el contrato se rige por la ley del lugar de su celebración —*lex loci celebrationis*—.

El régimen de los contratos internacionales, según el artículo 186 del Código Bustamante, es el que establezca la ley personal común de las partes y, en su defecto, la ley del lugar de celebración del contrato. Sin embargo, el Código somete ciertas cuestiones como la licitud del objeto del contrato, vicios del consentimiento y demás causas de rescisión del contrato, a la ley territorial.

La CIDIP V sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, en caso de que las partes no hubieran ejercido la facultad de elección del derecho que se les reconoce, o de que habiéndola ejercido su elección resultare ineficaz, prevé en el artículo 9o. que el contrato habrá de regirse “por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”.

Internacionais e Direito Econômico no Mercosul, Após o término do período de transição, Sao Paulo, Editora LTr, 1996.

Aquí también se perciben las huellas de la Convención de Roma y su referencia a la ley del país con el que el contrato presente los lazos más estrechos. Pero la CIDIP V se aparta del modelo al no fijar una presunción general de cuál es ese país y simplemente remitir a los elementos subjetivos y objetivos que se desprendan del contrato y a los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, que el juez habrá de tomar en cuenta para determinar cuál es el Estado con el que el contrato presenta mayor proximidad. Cuando corresponda, deberá además aplicar la *lex mercatoria*.

3. Normas de fuente interna

Según el artículo 14 del Código Civil paraguayo, los actos que hayan de cumplirse en la República caen bajo el imperio de su propia ley —siendo irrelevante el domicilio de los otorgantes de dichos actos—. Es decir, que cualquier contrato internacional cuyo lugar de ejecución se encuentre en el territorio de Paraguay será juzgado por las leyes paraguayas. A *contrario sensu*, los contratos que deban cumplirse fuera del país se considerarán regidos por la ley del Estado de cumplimiento.

El apéndice del título final del Código Civil uruguayo (artículo 2399) recoge la norma de conflicto en materia contractual que contiene el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y remite a las reglas de interpretación, que ayudan a determinar el lugar de cumplimiento, allí establecidas.

En el Código Civil argentino la norma de conflicto según la cual los contratos se rigen por la ley del lugar de ejecución surge del juego armónico de dos artículos: 1209 y 1210. El primero, establece que los contratos que deban ser ejecutados en la República —sin importar dónde fueron celebrados ni la nacionalidad de los contratantes— serán juzgados por las leyes argentinas. El segundo, a la inversa, sienta la regla consistente en que aquellos contratos que sean celebrados en la República para ser cumplidos en el extranjero —siendo indiferente la nacionalidad de las partes— serán juzgados por la ley del país en que deban ser ejecutados. No obstante, según el artículo 1205, que omite toda referencia al lugar de cumplimiento, los contratos celebrados fuera de la República serán juzgados por la ley del lugar de celebración.

Brasil, en cambio, adopta directamente el sistema contrario: el de la *lex loci celebrationis*. El artículo 9o. de la Ley de Introducción al Código

Civil brasileño que somete las obligaciones a la ley de su país de constitución y sienta la presunción de que las obligaciones contractuales se han constituido en el lugar de residencia del proponente.

IV. CONCLUSIONES

El Mercosur necesita un instrumento único, obligatorio para todos sus miembros, que regule la forma en que se ha de determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales. En nuestra opinión, dicho instrumento debería acoger el principio de la autonomía de la voluntad que ya es considerado como “principio universal” —a pesar de las reticencias que sigue generando en la región— y en defecto de elección de la ley por las partes prever una solución fundada en el principio de proximidad, sin olvidar la consideración de la *lex mercatoria*.

Para la elaboración del instrumento, cuya necesidad se advierte se podría reproducir textualmente la CIDIP V, o bien redactar un texto nuevo que contenga lo esencial de sus principales disposiciones. Sería deseable que dicho instrumento abarcara en su campo de aplicación todos los contratos internacionales en los que hayan de conocer jueces de alguno de los países miembros aunque, como primer paso, en vistas a promover la intensificación del comercio entre los Estados miembros del Mercosur brindando seguridad jurídica a los contratantes, sería aceptable que rigiera sólo los contratos internacionales intra-Mercosur.

Finalmente, consideramos que sería de gran utilidad a los fines de la consolidación y perfeccionamiento del sistema jurídico del Mercosur, que se llegara a estructurar un sistema oficial de resolución de conflictos entre particulares similar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyos fallos han sido esenciales para sentar criterios jurídicos comunes y elaborar nuevas normas aplicables a todos los países miembros.