

# **“El Mercosur”: Bases para un instrumento de armonización legislativa**

Sara Feldstein de Cárdenas

## **PRESENTACIÓN DEL TEMA**

Nos vamos a introducir en un área de singular delicadeza y relevancia para el Derecho Internacional Privado, como es el de los CONTRATOS INTERNACIONALES.

En este contexto, el de los negocios internacionales desde el doble punto de vista del derecho aplicable y la jurisdicción competente, corresponde distinguir dos situaciones:

1. Que las partes no prevean, en sus transacciones internacionales, la ley que habrá de regirlas ni elijan el juez o árbitro que habrá de dirimir las eventuales controversias, o bien

---

\* Universidad de Buenos Aires (UBA), Doctora. En la Facultad de Derecho, Área Derecho Internacional Privado, es Catedrática de Derecho Internacional Privado.



2. Que las partes preseleccionen, sea de forma expresa o tácita, la ley aplicable y/o la jurisdicción competente en sus contratos internacionales.

Este aspecto es el que en esta ocasión nos interesa ya que nos enfrenta al denominado “dogma”, “teoría” o “principio de la autonomía de la voluntad”, más sencillamente la “autonomía de la voluntad”. Precisamente ella se destaca como criterio regulador en la materia y además por constituir uno de los aspectos más significativos de la meditación jurídica de todos los tiempos. Específicamente a ella nos dedicaremos en esta ocasión.

## OBJETIVO CENTRAL

Nuestro objetivo central es analizar la recepción que ha tenido o que pueda llegar a desempeñar la “autonomía de la voluntad” como principio rector en materia de regulación de los contratos internacionales. Merecerán nuestra especial consideración los últimos desarrollos alcanzados, a nivel continental y regional, específicamente en el espacio integrado del MERCOSUR.

## PLAN DE TRABAJO: ITINERARIO MARCADO

Para alcanzar nuestro objetivo central, seguiremos el siguiente plan de trabajo. Así:

1. En el nivel continental, analizaremos las soluciones consagradas en materia de autonomía de la voluntad en las obras codificadoras en las que la República Argentina se encuentra involucrada, es decir la de los Tratados de Montevideo y en las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP). Así estudiaremos las disposiciones de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 por un lado y por el otro las soluciones en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los contratos internacionales aprobada en México en 1994, obras codificadoras a las que nos referiremos llamándolas en lo sucesivo como Tratados de Montevideo o CIDIP o la Convención de México. Para el logro de nuestro objetivo central, desde el punto de vista metodológico, hemos de emplear el análisis comparativo de las soluciones de ambos instrumentos. El resultado obtenido nos permitirá evaluar acabadamente, cuál es el rol y el alcance asignado a la autonomía de la voluntad en uno y otro contexto normativo. Aclara-

mos que para la realización y comprensión de este análisis comparativo, tomaremos en cuenta y destacaremos, de ser necesario, el distinto contexto en que tales marcos normativos se insertaron.

2. En el nivel regional, específicamente en el espacio integrado del MERCOSUR, analizaremos la acogida que ha tenido la autonomía de la voluntad en las realizaciones en el área.

3. A partir de los resultados del análisis comparativo efectuado sobre las realizaciones en ambos niveles, el continental y el regional, nos preguntaremos acerca de la interacción y la compatibilidad entre ambos contextos.

4. A renglón seguido, para terminar, nos dedicaremos a señalar los caminos posibles que pueden ser adoptados por los países del MERCOSUR con relación a los resultados ya obtenidos. Manos a la obra.

**EN EL NIVEL CONTINENTAL: ¿CUAL ES LA RESPUESTA EN LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO Y EN LA CIDIP CON RESPECTO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD? ¿RECHAZO O CONSAGRACION DE LA AUTONOMIA? LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO Y LA AUTONOMÍA. RECHAZO DEL PRINCIPIO.**

Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 como los Tratados de 1940 no consagran de manera expresa la autonomía de la voluntad como facultad de las partes de preseleccionar el derecho aplicable a los contratos internacionales. En efecto, se hace preciso reconocer que sus soluciones, tanto el elocuente silencio del tema en el Tratado de 1889 como el expreso rechazo en el Tratado de 1940 según surge del art. 5 del Protocolo Adicional, abrieron el desarrollo de una ardua polémica doctrinaria en los países ratificantes.

Se sostuvieron con vehemencia dos corrientes interpretativas. Por un lado una línea argumental dura de rechazo de la autonomía, tal es el caso de Uruguay y por el otro una línea más flexible, de tibia aceptación, como en el caso de la Argentina.

En este sentido, adhiero a la posición uruguaya que sustenta la tesis que los Tratados de Montevideo rechazan la autonomía de la voluntad. Ello implica

que los contratos internacionales habrán de regirse por la ley del lugar en que ellos habrán de cumplirse, o excepcionalmente por la ley del lugar de su celebración.

## LA CONVENCIÓN O C.I.D.I.P. Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA.

Precisamente, una de las innovaciones más importantes proporcionada por la Convención de México es la consagración de la autonomía de la voluntad como criterio regulador básico de los contratos internacionales.

Dice el texto del art. 7: El contrato se rige por el derecho elegido por las partes.

### FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO

El acuerdo de elección del derecho aplicable puede ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Surge del texto del Art. 7 que la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

Esta última solución nos está indicando que para la Convención, no es suficiente para tener por establecida la elección de las partes, un elemento particular tomado de forma aislada. Será necesario tener en cuenta el conjunto de elementos: el lugar de celebración o de ejecución del contrato, el idioma utilizado, la moneda de deuda o de pago, el lugar del arbitraje, el foro judicial, entre otros. De este modo, se obliga al intérprete a realizar una búsqueda analítica tanto de los elementos subjetivos como de los elementos objetivos.

### MOMENTO DE LA ELECCIÓN

La CIDIP, tal como surge del art. 8, permite que el acuerdo de elección pueda ser realizado en cualquier momento, haya sido elegido el derecho aplicable por las partes o no. Por cierto, que si lo es luego de la celebración del contrato, se cuida la Convención en señalar que deberá respetarse la validez formal del contrato y los derechos adquiridos por los terceros. De este modo el texto normativo consagra la mutabilidad del estatuto contractual.

## EL FRACCIONAMIENTO VOLUNTARIO O DEPECAGE

La Convención de México admite la posibilidad que las partes elijan leyes distintas para regular los distintos aspectos del contrato. Vale decir, lo que se conoce en nuestra disciplina, como el depepage voluntario. Ello es lo que se infiere del texto del art. 7 en la última parte cuando dispone: Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

## AUSENCIA DE LA EXIGENCIA DE CUALQUIER VÍNCULO ENTRE LA LEY ELEGIDA Y EL CONTRATO. POSIBILIDAD DE ELECCIÓN DE CUALQUIER LEY

La Convención no exige que exista contacto razonable entre la ley elegida por las partes y los elementos del contrato. De manera que las partes pueden elegir cualquier derecho para regir su contrato internacional, aunque no exista entre ambos ningún contacto razonable u objetivo.

Este reconocimiento normativo nos llama la atención. Curiosamente, tanto la necesidad de la existencia de un contacto razonable como la ausencia de exigencia de esta vinculación, tuvieron lugar bajo los auspicios de la familia jurídica del *common law*. Surge rápidamente en la memoria la Ley de 1984 para el Estado de Nueva York, que estimulada por la barra de abogados abogó exitosamente su suplantación.

## ¿CUÁL O CUÁLES CON LOS LÍMITES AL DERECHO APLICABLE DERIVADO DEL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD? TRATADOS DE MONTEVIDEO

Estos instrumentos si bien receptan las limitaciones a la ley aplicable en sus respectivos Protocolos Adicionales mediante la limitación a la aplicación de la ley extranjera conocida como orden público internacional, como se insertan en una tesis negatoria de la autonomía nos libera de este particular análisis.

## LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA

Recepta el orden público internacional cuando establece en el art. 18 que: "El derecho designado por la Convención sólo podrá ser excluido cuando sea

manifiestamente contrario al orden público del foro”. Repárese en la exigencia de contrariedad manifiesta acentuando su restrictiva aplicación.

Asimismo, introduce en su texto como exclusión, como limitación al derecho aplicable y por ende, en su caso a la autonomía de las partes, a las normas de policía. No obstante, hace una importante distinción entre las normas de policía del foro, que el tribunal debe aplicar y las normas de policía extranjeras, que son facultativas para el juez.

La Convención ha optado entre las alternativas posibles por incorporar tan solo dos de ellas. De este modo, queda evidenciada la incidencia que como fuente, tuvo en la CIDIP V la Convención de Roma de 1980.

### ¿CUALES SON LOS RESULTADOS DEL ANALISIS COMPARATIVO EFECTUADO?

El análisis comparativo de ambos instrumentos muestra que los Tratados de Montevideo se insertan en una concepción negatoria de la autonomía de la voluntad, muy en boga sobre todo en esta parte de América Latina. Dentro de ese contexto, la aceptación del principio implicaba el reconocimiento de sujeción de los débiles al dominio de los poderosos.

Pero lo cierto es que esta delicada cuestión, tan arraigada en nuestros países, con indudable sesgo político, tuvo la virtualidad de provocar durante muchos años la imposibilidad de encarar su análisis.

En cambio, en otro contexto, en el seno de la CIDIP se logra desbloquear el análisis del tema.

Es así que la cuestión de la autonomía de la voluntad aparece tímidamente incorporada en 1989 que sólo logra establecerla como una de las bases en la materia para un futuro Convenio y resueltamente en 1994, cuando se la acepta expresamente en el texto de la Convención Interamericana de 1994.

En este sentido, la Convención marca un hito en la materia. En suma, las diferencias son marcadas, pero necesario es decirlo que, tanto la clara condena del principio en los Tratados de Montevideo como su amplia aceptación en la

CIDIP, sólo pueden entenderse teniendo en cuenta el distinto contexto internacional en que tales concepciones se enmarcan.

**EN EL NIVEL REGIONAL ¿EXISTE ALGUN TEXTO NORMATIVO QUE INCORPORA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD?**

En primer lugar, debemos señalar que en el nivel regional, específicamente en el MERCOSUR, aún no se cuenta con un texto normativo que, dentro del paraguas del art. 1 del Tratado de Asunción, discipline el derecho aplicable a la contratación internacional al modo de la Convención de Roma sobre Obligaciones Contractuales de 1980 o de la CIDIP de 1994.

De manera que no existe por el momento, un protocolo, un instrumento jurídico internacional específico que vincule a los cuatro países miembros del espacio integrado del MERCOSUR. En segundo lugar, señalamos que en cambio, sí existe un instrumento que disciplina la jurisdicción internacional en materia contractual en el MERCOSUR y que precisamente, incorpora el principio de la autonomía de la voluntad.

Obviamente estamos aludiendo al PROTOCOLO DE BUENOS AIRES aprobado el 5 de agosto de 1994.

En efecto, este marco regulatorio, consagra la autonomía de la voluntad al admitir el acuerdo de elección. Las partes pueden elegir los tribunales competentes, sean estatales o arbitrales, encargados de decidir las eventuales controversias que se susciten en los contratos internacionales.

El acuerdo será válido, en tanto y en cuanto, sea celebrado bajo forma escrita y no abusiva. Se trata de la reunión de requisitos de forma y de fondo.

Desde el punto de vista del momento de su celebración, admite que el acuerdo de elección lo sea en cualquier momento.

El Protocolo de Buenos Aires, además del arbitraje, en lo que aquí nos interesa, recepta el ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes en los contratos internacionales en el aspecto jurisdiccional.

Este reconocimiento, que marca una importante innovación en la materia, evidencia un cambio de actitud normativa de los países del MERCOSUR. Máxime si se atiende a las soluciones plasmadas en los Tratados de Montevideo, que vinculan en su versión de 1940 a tres de los cuatro estados que lo integran y en los sistemas de Derecho Internacional Privado de fuente interna de cada uno de los Estados Parte. Sin embargo, si bien el Protocolo se encuentra en vigor, Uruguay no lo ha incorporado a su legislación, no lo ha ratificado aún.

Desde ya estamos en condiciones de señalar, recurriendo al análisis comparativo que:

1. La tendencia, tanto a nivel continental como a nivel regional, es hacia la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad como criterio regulador de los contratos internacionales.
2. La tendencia en el nivel continental es hacia la aceptación amplia del principio, mientras que a nivel regional es hacia la aceptación restringida.
3. Nos preguntamos siguiendo nuestro itinerario:

#### ¿EXISTEN CLÁUSULAS DE COMPATIBILIDAD ENTRE LAS REALIZACIONES DE LA CIDIP V Y LOS CONVENIOS CELEBRADOS EN CUMPLIMIENTO DEL COMPROMISO CONVENIDO EN EL ART. 1 DEL TRATADO DE ASUNCIÓN?

Con relación a este tema, destacamos que la CIDIP ha tenido la previsión de contemplar la situación incorporándose una cláusula de compatibilidad: tal el artículo 20. Este precepto establece que la Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Se trata de una norma destinada a resolver el denominado “conflicto de convenciones” que es resuelto, otorgándole preeminencia a los convenios internacionales celebrados, sobre el mismo objeto, dentro del marco de los procesos de integración con respecto a la propia Convención.



Resulta plausible la previsión que fue generada en esta Convención por una lúcida y no contradicha propuesta de la delegación uruguaya.

Finalmente nos preguntamos acerca de:

### ¿CUÁL SERÁ EL CAMINO QUE HABRÁN DE SEGUIR LOS ESTADOS, EN EL FUTURO INMEDIATO?

1. En tal sentido, nos parece que los estados del MERCOSUR pueden decidirse por: Transferir la CIDIP V al MERCOSUR. Ello implicaría llevar un instrumento ya realizado, desde el nivel continental al nivel regional, con un claro intento de no desaprovechar esfuerzos.

2. Adaptar la CIDIP V al MERCOSUR. Ello significa adecuar los instrumentos ya elaborados a nivel continental, tal la CIDIP V al nivel regional. En otras palabras, tratando de afinar su contenido en vistas a una mayor adecuación a la realidad. Básicamente esta alternativa significa la adecuación del modelo normativo de la Convención Interamericana a las específicas exigencias del espacio integrado. Conviene recordar que tal ha sido la vía por la que el legislador del MERCOSUR se ha inclinado cuando se ha dedicado a elaborar los Protocolos Las Leñas, de Buenos Aires I, de Buenos Aires II, de San Luis y de Ouro Preto, entre otros.

### PROPUESTA

Esta oportunidad que hemos tenido de analizar las soluciones de los textos normativos tanto a nivel continental como a nivel regional, nos invitan a sugerir que:

1. Los esfuerzos logrados no deberían ser desaprovechados en ninguna de las dos direcciones.
2. En el nivel continental, la Argentina debería plantearse seriamente la conveniencia de ratificar la CIDIP V, aprobada en México.
3. En el nivel regional, convendría que la Convención Interamericana sea afinada en su contenido.

Los estados que integramos el MERCOSUR, pertenecemos a una idéntica familia jurídica, la del derecho romano. De modo que tal vez podrían llegar a excluirse algunas concepciones que no tienen suficiente predicamento en el área. Básicamente me refiero, por su vinculación con la cuestión de la autonomía de la voluntad, a la incorporación de la *lex mercatoria*.

## BASES MÍNIMAS

Como bases mínimas para ser tenidas en cuenta en el instrumento ha elaborarse a nivel regional del MERCOSUR propiciamos:

1. La recepción de la autonomía de la voluntad como criterio regulador de los contratos internacionales. Ella es el reflejo de la tendencia que se observa hacia la consolidación del principio a nivel universal, continental y regional.
2. La limitación de su ejercicio, además del orden público internacional y la normas de policía, ampliándose en algunas áreas sensibles como cuando en los contratos internacionales aparecen los denominados débiles jurídicos.
3. La incorporación de una cláusula expresa que impida a las partes elegir como ley aplicable a la *lex mercatoria*. Si bien sabemos que esta interpretación puede sustentarse aún en el texto de la CIDIP V, por cuanto ella surge implícitamente del texto del art. 17 que establece: "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".
4. Evidentemente, si bien refiriéndose al rechazo del "reenvío", se puede inferir que, para la Convención, la elección del derecho aplicable debe recaer en un derecho vigente en un Estado. La *lex mercatoria* no tiene esa calidad.

Creemos que habrá que debatir acerca de la necesidad de exigir o no, un contacto razonable entre la ley elegida y algún elemento del contrato. Sabemos que estos, como otros muchos temas, merecerán un prolijo tratamiento por parte del legislador del MERCOSUR. Mas lo cierto es que resulta indispensable poder contar, dentro de la mayor brevedad, con un instrumento que brinde el marco jurídico apropiado en un área plena de dinamismo como es el de los contratos internacionales.